Über die

Entschädigungs-Forderung

wegen eines

widerrechtlich erlangten

Arrestes.

Inaugural-Dissertation

von

Karl Pauer

in

Regensburg.

München.
J. Schweitzer Verlag
(Jos. Eichbichler.)
1893.

Über die

Entschädigungs-Forderung

wegen eines

widerrechtlich erlangten

Arrestes.

Inaugural-Dissertation

von

Karl Pauer

in

Regensburg.

München.
J. Schweitzer Verlag.
(Jos. Eichbichler.)
1893.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535711_0262

Seinem hochverehrten Vetter und früheren Vormunde

Herrn **August Stöhr**
kgl. Regierungsrat in Regensburg

in Dankbarkeit gewidmet

vom

Verfasser.

I.

Zu den bestrittensten Lehren des Civilrechts und des Civilprozesses zählt die Frage nach der Entschädigungspflicht für die Nachteile, welche entstehen durch Vollstreckung auf Grund nicht definitiver Titel, wenn dieselben nachher als nicht rechtsbeständig aufgehoben werden; bei allen Arten dieser Titel kehrt diese Frage wieder, überall besteht über ihre Beantwortung lebhafter Streit, und da die Zahl dieser Titel in neuerer Zeit wesentlich vermehrt worden ist, so gewinnt die Beantwortung immer größere Bedeutung. Dieselbe kann jedoch keineswegs für sämmtliche Titel einheitlich erfolgen, sondern ist für jeden einzelnen besonders zu suchen, da trotz der Übereinstimmung im allgemeinen die Natur der einzelnen Titel wesentlich von einander abweicht.

Einer der ältesten und wichtigsten Titel dieser Art ist der Arrest-Befehl[1]) (und die einstweilige Verfügung.)

Bei ihm ist denn auch unsere Frage zuerst und am eingehendsten in der Litteratur behandelt worden. Auch im folgenden soll ein neuer Versuch zu ihrer Lösung, und zwar auf Grund des gemeinen Rechts, wo sie am meisten bestritten ist, unternommen werden. Der Kernpunkt der Controverse liegt darin, ob der Arrestimpetrant unbedingt, d. h. auch wenn ihm keinerlei Verschulden zur Last gelegt werden kann, dem Impetraten für die durch den Arrest entstandenen Schäden aufzukommen hat, oder nur bedingt, nur wenn ihm ein Verschulden beigemessen werden kann.

Dies tritt am Anfang der geschichtlichen Entwickelung noch nicht so deutlich hervor, denn bei den älteren Praktikern erscheint die Frage weniger bestritten, da dieselben teils lediglich von der dem Impetraten zustehenden Injurienklage handelten, teils sich

---

[1]) Von den wichtigeren sind außerdem noch zu nennen: Für vorläufig vollstreckbar erklärte Urteile; das Urteil im Urkunden- und Wechselprozeß, das mit Vorbehalt der Rechte des Beklagten ergeht (§ 562 R. C. P. O.); das Urteil in der Berufungsinstanz, in welchem dem Beklagten die nachträgliche Geltendmachung von Verteidigungsmitteln vorbehalten wird (§ 502 R. C. P. O.); ferner mit der Beschwerde anfechtbare Entscheidungen, soweit dabei ihrem Inhalt nach von Vollstreckung die Rede sein kann (§ 702 Z. 3 l. c.); Vollstreckungsbefehle, welche mit Einspruch anfechtbar sind (§ 640 l. c.); aber auch formell rechtskräftige Urteile, wenn eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf einer Notfrist erfolgt ist, oder eine Wiederaufnahme des Verfahrens infolge von Nichtigkeits- oder Restitutionsklage stattgefunden hat; vollstreckbare Urkunden u. a. (Eccius Förster, preußisches Priv.-R. Bd. I. Anh. zu §§ 55, 56; Ortenau, Kommentar z. Subhast. Ord. für d. Königr. Bayern (§ 41 Nov. N. 8.)

nicht klar darüber aussprachen, ob die objektive Widerrechtlichkeit des Arrestes allein zur Begründung des Ersatzanspruches genüge[2]).

Erst im vorigen Jahrhundert prägt sich dieser Unterschied aus, indem Mevius (1734) und Danz (1798) eine Beweisregel zu gunsten des Impetraten aufstellen, wonach der Impetrant, falls der Arrest aufgehoben wird, für alle Schäden einzustehen hat, bis er seine Schuldlosigkeit darlegt. Scharf präzisiert wird derselbe aber erst durch Gesterding (1818), der zugleich mit Lebhaftigkeit für die unbedingte Haftung eintritt, während Schauß (1821) in einer Spezialabhandlung sich wiederum für bedingte Haftung entscheidet. In der Folge treten in der Litteratur und Rechtsprechung die verschiedenartigsten Ansichten hervor, ohne daß eine derselben als die entschieden herrschende bezeichnet werden könnte; erst in neuester Zeit neigt die gemeine Meinung mit Recht zur Annahme der bedingten Haftung; auch das Reichsgericht hat sich nach einigem Schwanken zu dieser Ansicht bekannt[3]).

---

[2]) cf. unten S. 22 ff.

[3]) Für unbedingte Haftung treten ein:

Gesterding, alte und neue Irrtümer der Rechtsgelehrten S. 463.

Claproth, Einleitung in sämmtliche summarische Prozesse §§ 133, 137.

Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verf. in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten S. 422.

Briegleb, summarische Prozesse S. 359 ff.

Blume, System des in Deutschland geltenden Privatrechts § 745.

Martin, Lehrbuch des Civilprozesses § 243 (f).

Wach, italienischer Arrestprozeß S. 216.

Eccius Förster, preußisches Privatrecht I § 19 N. 14 und Anh. zu §§ 55, 56.

Henrici, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts XXXII S. 161 ff.

Merkel, über Arrest und einstweilige Verfügungen S. 189.

O. L. G. Celle in Seufferts Archiv Bd. XXXVIII N. 290.

Hessisches O. A. G. in Annalen der Justizpflege in Kurhessen Bd. XI. N. 82.

Reichs-Ger.-Entsch. vom 3. Okt. 82 Bd. VIII. N. 4. S. 18.

Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozeßrechts Bd. I. § 67. N. 37.

Dagegen sprechen sich für bedingte Haftung aus:

Danz, Grundsätze der summarischen Prozesse § 68.

Ant. Schauß, über die Entschädigungsforderung wegen eines widerrechtlich impetrierten Arrestes. Landshut 1821.

Mittermeyer, der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß S. 163.

Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses § 199.

Bayer, summarische Prozesse. §29.

Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege Bd. I. S. 271.

Urteil des O. L. G. Kiel in Seufferts Arch. Bd. XXXX. N. 20.

Urteil des O. L. G. Celle in Seufferts Arch. Bd. XXXV. N. 12.

Werner, das Recht des Arrestes im Civilprozeß § 12. Z. 5.

Dernburg, preuß. Privatrecht. II. § 295.

Wilmowsky-Levy, Kommentar zur R. C. P. O. 6. Aufl. § 801 N. 2.

Seuffert, Kommentar zur R. C. P. O. 5. Aufl. § 802. N. 3.

Gaupp, Kommentar zur R. C. P. O. 2. Aufl. Bd. II. § 801. Anm. II. Ziffer 3.

II.

Unsere Frage tritt als besonders schwierige nur unter bestimmten Voraussetzungen auf, während sie sonst nach mehr oder minder unbestrittenen Rechtssätzen des gemeinen Rechts zu entscheiden ist.

Diese Voraussetzungen sind:

1. Der Impetrant muß sich in dem guten Glauben befinden, daß die allgemeinen Voraussetzungen des Arrestes, nemlich Arrestforderung und Arrestgrund, welche bei der Impetrierung glaubhaft gemacht werden sollen[4]), wirklich gegeben seien, und er daher zur Arrestimpetrierung berechtigt sei, während in der That, wie sich nachher herausstellt, eine dieser Voraussetzungen fehlte; ferner muß dieser Irrtum, in dem er sich so befindet, ein entschuldbarer sein. Fehlt dem Impetranten dieser gute Glaube, ist er sich also bewußt, daß Arrestgrund oder Arrestforderung nicht vorhanden, so ist gegen ihn die actio doli, ist sein Irrtum nicht entschuldbar, die actio in factum[4a]) begründet.

Der dolus kann selbstredend in verschiedener Weise begründet sein: Der Impetrant kann wissen, daß ihm nie eine Forderung zugestanden habe, oder daß sie schon erloschen sei, oder daß der Impetrat eine Gegenforderung compensationsweise geltend machen könne, oder endlich, daß kein Arrestgrund vorliege[5]).

Der Zeitpunkt, in welchem der dolus vorhanden sein muß, ist regelmäßig der der Einreichung des Arrestgesuches bei Gericht; doch kann der Impetrant auch dann nicht von der Haftung wegen

---

O. A. G. Rostock in Buchka und Buddes Entsch. II. S. 223 ff.
R. O. Hand.-Ger. Entsch. Bd. XXI. S. 70.
R. Ger.-Entsch. Bd. VII. N. 116. S. 374; Bd. XXVI. Nr. 38. S. 204 ff.
Zu vergleichen sind auch die Entscheidungen in Bd. XI. N. 111, S. 415, und N. 112, S. 420. Bd. VI, N. 61, S. 217.

Weniger entschieden erklären sich:
Mehlen, Anleitung zum summarischen gerichtlichen Prozeß §§ 74, 78.
Berger, oeconomia iuris lib. 4. tit. 30. III. N. 5.
Hefftter, System des römischen und deutschen Civilprozeßrechts § 408.
Süptitz, Lehrbuch der summarischen Prozesse §§ 27, 28.

[4]) R. C. P. O. § 800.

[4a]) cf. p. 4 ff.

[5]) Wenn Schauß a. a. O. § 16 glaubt, der Impetrant könne auch dann nicht für verantwortlich erklärt werden, wenn er zwar weiß, daß der Impetrat gegen ihn eine Gegenforderung habe, aber nicht, ob er dieselbe auch exceptions- oder widerklagsweise geltend machen wolle, so kann ihm hierin nicht beigetreten werden. Denn in diesem Fall muß der Impetrant jedenfalls wissen, daß es ihm, wenn schließlich auch nicht an einer Arrestforderung, so doch sicher an einem Arrestgrunde fehlt; denn welche Gefährdung seiner Forderung sollte dem Impetranten drohen, dem eine gleich große zur Compensation geeignete Gegenforderung gegenübersteht?

dolus losgesprochen werden, wenn er, obwohl ihm das Erlöschen einer Voraussetzung des Arrestes bekannt ist, die Aufhebung desselben nicht beantragt.

Praktisch viel häufiger wird jedoch der Fall eintreten, daß der Impetrant sich zwar keines dolus, wohl aber einer culpa bei der Impetrierung des Arrestes schuldig macht. Zweifellos ist hier, daß der Impetrant haftet, wenn der Schaden durch die Gebrauchsentziehung körperlicher Sachen[5a]) bewirkt worden ist; denn hier greift die a. legis Aquiliae resp. deren Erweiterung, die a. in factum, Platz.

Dagegen ist nicht unbestritten, ob die Haftung auch dann besteht, wenn der Schaden nicht in Bezug auf körperliche Sachen, also etwa beim Personalarrest durch die beschränkte Erwerbsfähigkeit u. dgl. erfolgt ist. Das O. L. G. Kiel hat in einem Urteil vom 13. Mai 1884[6]) die Ansicht ausgesprochen, daß der Impetrant lediglich wegen dolus hafte. Allein dieses Gericht übersieht dabei, daß eine entschiedene Praxis die Haftung auch hier festgesetzt hat[7]).

Diese Haftung gründet sich somit nicht auf rein römisches Recht, sondern auf deutschen Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht, welches eben, wenn auch im übrigen die Analogie zur Klage aus der lex Aquilia besteht, doch in Hinsicht auf das Objekt der Beschädigung völlig unabhängig ist vom römischen Recht[8]).

Die viel umstrittene Frage, ob im gemeinen Recht schlechthin für culpa gehaftet werde[8a]), ist daher für unsere Untersuchung irrelevant, da in diesem speziellen Falle die Haftung wegen culpa nicht bezweifelt werden kann. Wie bei der a legis Aquiliae[9]), so wird auch hier die Schuld durch den entschuldbaren Irrtum, zur Arrestanlage berechtigt zu sein, ausgeschlossen.

Dies wird mit Unrecht von Henrici[10]) in Ansehung der römisch rechtlichen Ausdehnung der lex Aquilia (a. in factum) bestritten. Da jedoch Henrici seine Einwände auch wohl gegen unsere Klage anführen würde, so mag zur Widerlegung nur darauf hingewiesen werden, daß der Satz, daß durch entschuldbaren Irrtum

---

[5a]) R. Ger.-Entsch. Bd. XXII. S. 208. Seufferts Arch. XLIV. 81. Eine Beschädigung körperlicher Sachen durch die Vornahme der Pfändung ist nicht wohl möglich.

[6]) Seufferts Archiv Bd. XL N. 20.

[7]) So auch R. Ger.-Entsch. Bd. XXVI. N. 35. S. 208.

[8]) Dernburg Pand II. § 135 N. 5.

[8a]) R. Ger.-Entsch. Bd. IX. S. 163 ff.

[9]) Windscheid Pand. II. § 455 N. 13; Urteil des bayer. oberst. Land. Ger. vom 6. Mai 1876 in Seufferts Arch. Bd. XXXII. N. 237; Stölzel, Archiv für civilistische Praxis Bd. XXXIX. II. S. 67, 69.

[10]) Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. XXXII. S. 161 ff. sub III.

die Schuld ausgeschlossen werde, eigentlich in der Natur der Sache gelegen ist, und nur eine Umschreibung des Satzes ist, daß nur wegen Verschuldung gehaftet wird. Wenn man nemlich die Schuld durch den entschuldbaren Irrtum nicht für ausgeschlossen erachten würde, so wäre die Folge einfach die, daß derjenige, dem nichts zur Last gelegt werden kann, als sein Irrtum (der aber selbst wieder entschuldbar ist), haften würde, obwohl ihn gar keine Schuld trifft[11]); daher ist es auch erklärlich, daß unser Satz in den Quellen keine ausdrückliche Bestätigung gefunden hat[12]).

Mehr eine Frage des einzelnen Falls ist es, wann der Irrtum entschuldbar ist; doch lassen sich auch hier einige allgemeine Gesichtspunkte aufstellen: die meisten Fälle des thatsächlichen und daher entschuldbaren Irrtums werden sich auf den Arrestgrund beziehen, z. B.: der Impetrant glaubt, sein Schuldner sei im Begriffe auszuwandern, während dieser nur eine Vergnügungsreise unternimmt, oder er glaubt, er sei für seine Forderung ungedeckt, während in der That bereits eine Sicherheit für dieselbe besteht, oder der Impetrat habe keine Gegenforderung an ihn, während demselben dennoch eine solche zusteht. Solch entschuldbarer Irrtum kann sich aber auch auf die Entstehungs- oder Aufhebungsthatsachen der Arrestforderung beziehen. Der Rechtsirrtum wird hier, wie stets, regelmäßig unentschuldbar sein[13]). Zweifelhaft wird dies schon bei differierenden Erkenntnissen verschiedener Instanzen in der Hauptsache. Insonderheit aber dürfte dem Impetranten sein Rechtsirrtum wohl in dem Fall verziehen werden, wenn er gemeinsam mit dem Unterrichter eine Thatsache als genügenden Arrestgrund ansieht, während der Oberrichter dieselbe Thatsache zur Rechtfertigung des Arrestes nicht geeignet hält, und daher die Aufhebung des Arrestes verfügt. Denn abgesehen davon, daß dieser Irrtum als bei der Subsumption von Thatsachen unter gesetzliche Bestimmungen entstanden ohnehin schon zum teil zum thatsächlichen Irrtum gerechnet wird[14]), kann den Impetranten schon um deswillen kein Verschulden treffen, weil er erwarten mußte, daß der Unterrichter ihn bei Zweifelhaftigkeit des Arrestgrundes zur Sicherheitsleistung anhalten werde.

Immerhin aber kann nicht (wie dies von Tinsch[15]) hinsichtlich der vorläufig vollstreckbaren Urteile geschehen ist) behauptet werden, daß, wenn der Richter bei seiner Prüfung dem Arrestgesuch statt-

---

[11]) cf. unten S. 19 ff.

[12]) cf. Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches § 707.

[13]) Windscheid Pand. § 79a. Urteil des O. A. G. zu Rostock in Buchka und Buddes Entsch. II. S. 223 ff.

[14]) Savigny, System des heutig. röm. R. III. S. 327, 338.

[15]) Blätter für Rechtsanwendung. 56. Jahrgang 1891. N. 1; ebenso: Annalen der hessischen Justizpflege. Bd. XI. N. 82.

gegeben, der Impetrant jedenfalls zu keiner sorgfältigeren Prüfung verpflichtet, und daher in jedem Fall durch den Richter gedeckt sei. Denn der Arrest ist schon seiner Natur nach ein provisorisches und zwar höchst gefährliches prozessuales Mittel, und es wird daher vom Impetranten mit Recht besondere Sorgfalt vorausgesetzt. Auch kann sich das richterliche Prüfungsrecht, da nur Glaubhaftmachung verlangt wird, nicht sehr weit erstrecken, und jedenfalls hat der Impetrant mehr Mittel zur Nachforschung nach dem Bestehen seines Rechts, als der Richter.

Was die Beweislast in diesen Fällen anlangt, so führt Henrici[16]) eine Meinung an, wonach der Kläger nicht nur zu beweisen habe, daß der Impetrant in Schuld sei, sondern auch, daß dieselbe nicht durch einen entschuldbaren Irrtum ausgeschlossen sei, während Mevius[17]) und Danz[18]) und neuerdings auch Dernburg[19]) und Kahane[20]) eine Beweisregel dahin aufstellen wollen, daß der Impetrat nur die Aufhebung des Arrestes zu erweisen habe, und es dann Sache des Impetranten sei, zu zeigen, daß er nicht schuldhaft gehandelt habe.

Allein beide Ansichten müssen als willkürlich und den Grundsätzen der herrschenden Beweis-Theorie[21]) vollständig widersprechend verworfen werden.

---

[16]) a. a. O. sub Ziffer III., allerdings zunächst nur in bezug auf die a. leg. Aquil.

[17]) Mevius, de arrest. cap. 23. n. 35.

[18]) Danz, Grundsätze der summarisch. Proz. § 68.

[19]) Dernburg, Pand. Bd. II. § 135. N. 5.

[20]) Kahane (Grünhuts Zeitschr. Bd. XIX. S. 131) rechtfertigt seine Ansicht damit, daß er erklärt „der Arrest erheische als provisorische Sicherstellung eine definitive Rechtfertigung durch den Impetranten", wobei er sich auch auf das Zeugnis älterer Praktiker beruft (Note 80). Diese Ansicht erscheint erklärlich, wenn man berücksichtigt, daß im gemeinen (Strippelmann, Entscheid. des O. A. G. zu Kassel. 4. Teil. 1. Abteilg. S. 170 ff) und auch im österreichischen (Kahane a. a. O. sub Ziff. VI. Schruttka-Rechtenstamm ebenfalls in Grünhuts Zeitschr. Bd. XX. S. 184, 185) Prozeß die Schadensansprüche des Impetraten regelmäßig sogleich im Widerspruchsverfahren gegen den Arrestbefehl selbst geltend zu machen sind, in welchem Verfahren allerdings (wie auch im Widerspruchsverfahren gemäß §§ 804, 805 R. C. P. O.) den Impetranten die Beweislast für die Rechtmäßigkeit des Arrestes trifft.

Allein nach der R. C. P. O. sind diese Schadensansprüche mit einer eigenen Klage geltend zu machen, (Seuffert, Komm. z. R. C. P. O. 5. Aufl. § 802 N. 3. Abs. 2 i. f; Gaupp, Komm. z. R. C. P. O. 2. Aufl. § 801. Anm. II bei N. 16; Begründung des Entw. zur R. C. P. O. S. 454; Peters, der Arrest und die einstw. Verf. nach preuß. R. S. 11.) und es ist daher nicht einzusehen, warum hier der klagende Impetrat nicht seine Klaggrundsthatsachen, zu denen eben auch das Verschulden des Impetranten gehört, zu erweisen hätte. Ein derartiges Gewohnheitsrecht kann angesichts der überwiegend gegenteiligen Praxis nicht als bestehend angenommen werden.

[21]) Windscheid, Pand. § 133. Z. 1 c.
Dernburg, Pand. Bd. I. §§ 157—159.
Wetzell, System des ordentl. Civilproz. §§ 15—17.

Es hat vielmehr der klagende Impetrat darzuthun, daß den Impetranten bei seinem Vorgehen ein Verschulden treffe, und diesem obliegt es seinerseits, zu erweisen, daß er in einem Irrtum befangen gewesen und dieser entschuldbar sei.

2. Als weitere Voraussetzung erscheint die Wiederaufhebung des Arrestbefehls gemäß § 805 oder auch § 802 [22]) R.C.P.O., wodurch die objektive Widerrechtlichkeit desselben festgestellt wird.

Solange der Impetrat nicht die Aufhebung des Arrestes beantragt, ist dies als stillschweigende Einwilligung desselben anzusehen, und es kann daher schon aus diesem Grunde von einer Ersatzklage keine Rede sein.[23])

Die Frage nach der Entschädigung bei Aufhebung des Arrestes auf Grund der §§ 806, 807, 813 Abs. 1 u. 2 R.C.P.O. gehört streng genommen nicht zu unserem Thema und soll daher erst im Anhang besprochen werden. [24])

3. Selbstverständlich ist, daß dem Impetraten Schäden oder Nachteile erwachsen sein müssen. Diese bestehen vor allem in den vom Impetraten gezahlten Kosten der Zwangsvollstreckung; diese Kosten müssen jedoch schon nach der C.P.O. § 697 mit § 808 ersetzt werden.[25]) Sie können aber auch in Schäden bestehen, welche die mit Arrest verstrickten körperlichen Sachen selbst durch Zerstörung oder Entwertung erlitten haben, oder aber sie können lediglich ein lucrum cessans bilden, etwa beim Personalarrest infolge beschränkter Erwerbsfähigkeit des Verhafteten. [26])

Wenn dem Impetraten gar kein Schaden erwachsen ist, so könnte höchstens noch eine Injurienklage in Frage kommen. [27])

4. Als weiteres nothwendiges Erfordernis erscheint der Kausalzusammenhang zwischen dem Arrestvollzug und dem entstandenen Schaden. Der Impetrant kann auf keinen Fall für den Schaden haftbar gemacht werden, der an den mit Arrest belegten

---

[22]) Wenn nämlich nach mündlicher Verhandlung der Arrestbefehl in einem Urteil erlassen wurde, das durch das Berufungsurteil wieder aufgehoben wurde.

[23]) Daraus, daß der Impetrat die Aufhebung des Arrestvollzugs durch Hinterlegung des in dem Arrestbefehl festgesetzten Geldbetrages erwirkt, kann allerdings seine Zustimmung nicht gefolgert werden, denn er will ja lediglich die für ihn lästigen Wirkungen des Arrestvollzuges auf die schnellste und einfachste Weise beseitigen; anders jedoch, solange er auch nachher nicht beantragt, daß der Arrestbefehl aufgehoben und die hinterlegte Geldsumme ihm wieder zur Verfügung gestellt werde.

[24]) cf. unten S. 41 ff.

[25]) R.Ger. Entsch. Bd. VII. S. 376.

[26]) Diese Unterscheidung ist namentlich insoweit von Wichtigkeit, als man die Haftpflicht des Impetranten auf Grund der lex Aquilia darzuthun sucht.

[27]) Dernburg Pand. II § 137.

Sachen casuell eingetreten ist. Wenn die älteren Praktiker dies behaupteten, so beruht dies lediglich auf Willkür und kann in den Quellen keine Stütze finden.[28])

5. Einfach liegt der Fall auch dann, wenn der Impetrat die Arrestanlegung selbst verschuldet, oder genehmigt hat. Was das Verschulden anlangt, so kann bei dessen Vorhandensein den Impetranten jedenfalls keine Ersatzpflicht treffen. Dies wird selbst von Henrici,[29]) dem entschiedensten Verteidiger der unbedingten Haftung des Impetranten, zugegeben. Und das Gleiche muß auch von der Genehmigung gelten, denn: volenti non fit iniuria.

6. Endlich wollen wir unsere Frage auch nur für den Fall erörtern, daß der Impetrat es ist, der Schaden genommen hat und nicht irgend ein Dritter. Auch diesem gegenüber können übrigens mangels spezieller Vorschriften nur die allgemeinen Regeln über außerkontraktliche Schadensersatzverbindlichkeit zur Anwendung kommen, also die a. leg. Aquiliae, welche Verschulden des Arrestlegers und Beschädigung in Bezug auf körperliche Sachen voraussetzt.[30])

Auch die Ersatzklage gegen den Richter soll hier nicht näher behandelt werden; dieselbe findet sich in den einzelnen Landesgesetzen geregelt.[31])

Nach alle dem muß unsere Frage genauer wie folgt gefaßt werden:

Ist nach gemeinem Recht der Impetrant eines Arrestes, welcher denselben in gutem Glauben an das Vorhandensein von Arrestgrund und Arrest-Forderung impetriert hat und so hat vollziehen lassen, für den Fall, daß derselbe nachher wieder aufgehoben wird, weil es an einer der genannten Voraussetzungen fehlte, dem Impetraten für den durch den Arrestvollzug entstandenen Schaden ersatzpflichtig, wenn weder dem Impetranten noch dem Impetraten irgend ein Verschulden beigemessen werden kann?

Diese Frage soll zunächst für den Fall untersucht werden, daß der Impetrant keine Sicherheit geleistet hat, und wird hier zu verneinen sein, sodann unter der Voraussetzung vorheriger Sicherheitsleistung, wo sie zu bejahen ist.

---

[28]) Mevius, de arrest. cap. 23 n. 15 u. 35.
Peck, de jure sist. c. 44 n. 6.
Gaill, tract. de man. iniect. c. 13. n. 14.
Seufferts Arch. Bd. XXXV. Nr. 12.

[29]) a. a. O. i. f.

[30]) Striethorst Archiv Bd. V. S. 369 spricht diese Ersatzpflicht auf Grund des preußischen Rechts wohl zu allgemein und ohne Begründung aus; Dagegen Eccius-Förster Bd. I. § 90 Nr. 13.

[31]) Für Bayern ist zu vergleichen: bayerische Gerichts-Ordnung von 1753 cap. XVI. § 3 Nr. 1, Ausführungs-Ges. z. R.C.P.O. § 81.

III.

Da es sich um einen civilprozessualen Thatbestand handelt, so ist zunächst die R.C.P.O. zu Rate zu ziehen. Dieselbe erklärt in § 87 die unterliegende Partei (allerdings ohne jede Rücksicht auf Verschulden) für verpflichtet zur Erstattung der Kosten des Rechtsstreits, soweit sie zur zweckentsprechenden Rechtsvertheidigung (oder Rechtsverfolgung) notwendig waren.

Daß daraus nicht eine unbedingte Ersatzpflicht des unterliegenden Arrestimpetranten zum Ersatz aller Schäden abgeleitet werden kann, welche den Impetraten durch die Vollziehung des Arrestes getroffen, geht schon deutlich aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor.[32]) Denn die Schäden, welche der Impetrat erleidet durch die Gebrauchsentziehung der mit Arrest belegten Sachen, oder die Entziehung der Erwerbsfähigkeit beim Personalarrest, sind eben auf keinen Fall „Kosten", und jedenfalls sind sie nicht zur zweckentsprechenden Vertheidigung erforderlich.

Noch deutlicher aber sprechen sich die Motive[33]) darüber aus, welche als „Gegenstand der Erstattungspflicht die durch den Prozeß entstandenen Kosten der Partei, sei es, daß sie an das Gericht oder an einen anderen Zahlungsempfänger gezahlt sind" bezeichnen, und die „Schadensansprüche, deren Fundament nicht allein durch die Thatsache des Obsiegs im Rechtsstreit, sondern noch durch weitere Umstände begründet wird", ausdrücklich ausschließen, und zur Geltendmachung in besondere Prozesse verweisen.

Ebensowenig kann eine solche Ersatzpflicht des Impetranten aus § 697 Abs. 2 R.C.P.O. gefolgert werden: Dieser § be-

---

[32]) Das hessische O.A.G. (Annalen der hessisch. Justizpflege Bd. XI. S. 663.) sucht unter Bezugnahme auf § 1 I. 4. 16. und l 15 C. 3. 1. nachzuweisen, daß die Verbindlichkeit der unterliegenden Prozeßpartei zum Ersatz von Schäden auf denselben Grundsätzen beruhe, wie die Verbindlichkeit zum Kostenersatze, und daß daher die Schäden ganz ebenso zu behandeln seien, wie die Kosten.

Allein abgesehen davon, daß diese Stellen nur ganz spezielle Fälle behandeln (die Erstere setzt, wie unten des näheren dargethan werden wird, eine bewußter Weise im Unrecht befindliche Partei voraus und die Letztere handelt vom contumax), ist eine derartige gleichmäßige Behandlung von Schäden und Kosten des Prozesses auf Grund der R.C.P.O. jedenfalls ausgeschlossen.

Merkel (über Arrest u. einstw. Verfügungen S. 189) behauptet dies zwar, allein ohne jede Begründung.

cf. R.Ger.Entsch. Bd. VII. S. 377 und insbesondere:

Kohler, der Prozeß als Rechtsverhältnis § 20 S. 82 Anm.; auch Kahane (a. a. O. sub. Ziff. X) lehnt die gleichmäßige Behandlung von Prozeßkosten- und Schadenersatzansprüchen ab.

[33]) S. 112 am Anf.

stimmt, daß die Kosten der Zwangsvollstreckung dem Schuldner zu erstatten seien, wenn das Urteil, aus welchem dieselbe erfolgt ist, aufgehoben wird, was gemäß § 808 auf den Arrest entsprechend anzuwenden ist. Allein unter den Kosten der Zwangsvollstreckung sind eben die Auslagen und Gebühren des Gerichtsvollziehers für Pfändung, Aufbewahrung event. Versteigerung[34]) der mit Arrest belegten Sachen, ferner Rechtsanwaltsgebühren u. dergl.[35]) zu verstehen, keineswegs aber die Schäden, die dem Schuldner dabei erwachsen sind.[36])

Auch aus den Bestimmungen des § 801 R.C.P.O. über die Sicherheitsleistung namentlich für den Fall, daß Arrestgrund und Forderung glaubhaft gemacht sind, hat man es unternommen, abzuleiten, daß dieses Gesetz von der Voraussetzung der unbedingten Haftbarkeit des Impetranten ausgehe; dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß durch diese Sicherheitsleistung lediglich eine bereits bestehende Obligation in ihrer Erfüllung gesichert, keineswegs aber eine neue Obligation begründet werden könne; dies ist jedoch nicht zuzugeben, und daher diese Schlußfolgerung schon deshalb unrichtig.[37])

Was die Frage nach der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit eines Arrestes überhaupt anlangt, so ist hier folgendes zu bemerken:[38]) Verschiedene ältere Praktiker[39]) erklärten auf Grund der l. unica C. de prohib. sequest., jeder Arrest sei unerlaubt[40]) und behaupteten, er erzeuge an sich die Verpflichtung zum Schadensersatz, welche nur durch die nachträgliche Rechtfertigung des Arrestes wieder aufgehoben werde.

Diese Ansicht ist jedenfalls mit den Bestimmungen der R.C.P.O.[41]) unvereinbar, denn diese gewährt jedem Gläubiger das prozessuale Recht des Arrestes unter der Voraussetzung, daß er einen Arrestgrund und eine Arrestforderung habe. Insoweit muß daher auch jeder Arrest objektiv rechtmäßig und erlaubt sein, so daß von einer daraus entspringenden Ersatzverbindlichkeit nicht die Rede sein kann.

Die Civ.-Proz.-Ordng. giebt diese prozessuale Befugnis aber

---

[34]) R.Ger.Entsch. Bd. VII S. 377.

[35]) R.Ger.Entsch. Bd. XXII S. 169 ff; in Gruchots Beiträgen z. Erläut. des deutsch. R. Bd. XXXIII. S 1203 ff.

[36]) Ein argumentum e contrario aus diesem § dahin zu ziehen, daß der Schuldner nur den Ersatz dieser Kosten und nichts weiter beanspruchen kann, ist selbstredend ebenso unzulässig.

[37]) cf. unten S. 36.

[38]) Henrici a. a. O. bei Note 20.
R.Ger.Entsch. Bd. XXVI. S. 206.

[39]) cf. unten S. 26.

[40]) „quoniam processus ab executione non est inchoandus."

[41]) §§ 796, 800.

auch nur unter diesen Voraussetzungen; und wenn daher eine solche fehlt, so ist der Arrest objektiv sicherlich unerlaubt und widerrechtlich.[42])

Ob aber freilich daraus allein eine Ersatzverbindlichkeit für den Impetranten entstehen kann, ist eine ganz andere Frage, und wird eben für das gemeine Recht zu verneinen sein; denn hier muß zur objektiven Widerrechtlichkeit auch ein subjektives Verschulden kommen, wenn eine Ersatzverbindlichkeit entstehen soll.

Um übrigens jeden, etwa noch entstehenden Zweifel über die Absicht der C.P.O. zu heben, erklären die Motive[43]) ausdrücklich, „daß es nicht anginge, die unbedingte Haftpflicht des Gläubigers in der C.P.O. auszusprechen, da deren Bestimmung dem materiellen Rechte angehört.[44])

IV.

Wenn wir somit in der C.P.O. unsere Frage nicht entschieden finden, und zwar einfach deshalb, weil sie darin nicht entschieden werden wollte, wenigstens nicht für den Fall, daß keine Sicherheit geleistet ist, so muß dieselbe, als dem materiellen Rechte angehörend, auf grund der Bestimmungen des bürgerlichen Rechts entschieden werden. Welches bürgerliche Recht im einzelnen Fall zur Anwendung zu kommen hat, regelt sich nach den Grundsätzen über Statutenkollision dahin, daß das Recht des Ortes, wo der Arrest vollzogen wurde, zur Anwendung zu kommen hat.[45])

---

[42]) cf. Tinsch in Blätter f. Rechtsanwendung Jahrgg. 1891. Nr. 1.

[43]) S. 454.

[44]) Der gleiche Beschluß, nämlich diese Frage überhaupt nicht zu regeln, wurde schon bei Beratung der C.P.O. für den norddeutschen Bund gefaßt; damals tauchten 3 Vorschläge auf:

1. Unbedingte Entschädigungspflicht des Impetranten.
2. Haftung für diligentia diligentis patris familias.
3. Regelung der Beweis-Last zu Gunsten des Impetraten. Alle 3 Vorschläge wurden jedoch verworfen, da es sich um eine Frage des materiellen Rechts handle.

[45]) Stobbe, deutsches Privatrecht. (2. Aufl.) Bd. I. § 33 N. 34.
R.Ger.Entsch. Bd. VII. S. 378 (in Seufferts Arch. n. F. Bd. VIII Nr. 291).
O. L. G. Kiel in Seufferts Arch. n. F. Bd. X. Nr. 20;
Böhm, die räumliche Herrschaft der Rechtsnormen S. 141.
Gengler, deutsches Privatrecht S. 48.
Dernburg, Pand. Bd. I. § 48. Z. 3. Neuerdings hat der VI. Sen. des Reichsgerichts in einer Entscheidung vom 20. April 1891 (Seufferts Arch. n. F. Bd. XVII. Nr. 3) dahin erkannt, daß das Recht am Ort der Anordnung des Arrestes zur Anwendung zu kommen habe, und zwar hauptsächlich aus dem Grund, weil die Vollstreckung eines einmal verfügten Arrestes als solche immer rechtmäßig sei. Allein wenn auch zugegeben werden muß, daß der Arrestkläger auf Grund eines objektiv widerrechtlichen Arrestes dem Gerichtsvollzieher und dem Vollstreckungsgerichte gegenüber zur Vollstreckung desselben berechtigt sein mag, so kann doch nicht das Gleiche auch gegenüber dem

Im gemeinen Recht nun ist nicht nur bestritten, ob sich eine spezielle Regelung unserer Frage darin findet, sondern auch, was aus dessen allgemeinen Bestimmungen über Schadensersatz abzuleiten sei, wobei noch in betracht kommt, daß das römische Recht das Institut der vorläufig vollstreckbaren Titel überhaupt nicht gekannt hat.

Wenn wir zunächst die römischen Rechtsquellen zu rate ziehen, so finden wir in § 1. I. de poena temere litig. 4. 16. eine

---

Schuldner gelten. Von dessen Standpunkt aus muß ein solcher Eingriff in seine Rechte, wenn er auch nur eine Wirkung der rechtswidrigen Arrestanordnung sein mag, doch stets als unberechtigt erscheinen.

Was die einzelnen Partikularrechte anlangt, so kam früher für **Bayern** in betracht Kreitmayers Cod. iur. Bavarici iudic. cap. 8 § 6 u. § 7 n. 3. und die bayerisch. Prozeß-Ordnung vom 29. April 1869 Art. 635, die unbedingte Haftbarkeit des Arrestlegers bestimmte; dieselbe ist jedoch aufgehoben durch Art. 235 Ziff. 1. des bayr. Ausf. Ges. zur R.C.P.O. Die einschlägigen materiell rechtlichen Normen des bayrischen Landrechts finden sich in T. IV. c. 16. § 6, und es wird daselbst die Haftung für culpa im Gegensatz zum römischen Recht schlechthin ausgesprochen. (Entsch. des bayr. oberst. Landesgerichts Bd. XII. Nr. 111 (in Seufferts Blätter f. Rechtsanwendung n. F. Bd. XXXIV. S. 250.)

In **Preußen** kommt zur Anwendung das Allgem. Landrecht I. 6. §§ 137, 138, und es ist hier vor allem zu beachten der Plenarbeschluß des preußisch. Obertribunals vom 7. Jan. 1850 (Entsch. des kgl. Obertribunals zu Berlin Bd. XIX. S. 11.); ferner Präjudizien des preuß. Obertrib. Nr. 36 (Entsch. des II. Sen. v. 4. Dez. 1833), Nr. 391 (Entsch. des III. Sen. v. 2. Dez. 1837); sodann Entsch. des Obertrib. vom 20. Mai 1846 (Bd. XV. S. 103—108) und die in Obertrib.-Entsch. Bd. XIX. S. 14 angegeb. Entsch. des I. u. IV. Sen. aus den Jahren 1847 u. 1848; endlich die Entscheidungen in Striethorsts Archiv Bd. XVII. S. 247 (IV. Sen. 5. Juni 1855) Bd. XXXXV. S. 26. (I. Sen. 10. Jan. 1862); Bd. LXXIII S. 86 (I. Sen. 13. Nov. 1868)

Dernburg, preuß. Privatrecht Bd. II. § 295 N. 7.

R.Ger.Entsch. v. 11. Nov. 1880 in Gruchots Beiträg. z. Erläut. des deutsch. R. Bd. 25 S. 953;

Heydemann, Einleitung in das System des preuß. Civ.-R. S. 322, 323.

Strey, die Lehre von den Arresten nach preuß. R. § 104. S. 175—178.

Die preußische Praxis spricht sich überwiegend für bedingte Haftung aus; dagegen aber doch die in Obertrib.-Entsch. Bd. IX S. 13 angegeb. Entscheidungen des III. u. I. Sen. aus den Jahren 1837 u. 1846 u. die Entsch. des IV. Sen. vom 8. Juli 1852 (Striethorsts Arch. Bd. V. S. 366—369),

Förster preuß. Privatrecht I. § 19 N. 14 u. Anh. zu §§ 55, 56.

Über verwandte Fragen sind auch zu vergleichen:
Striethorsts Archiv Bd. V. S. 369 (IV. Sen. 8. Juli 1852.) Bd. VIII. S. 251 (IV. Sen. 27. Jan. 1853.) Bd. XXXXV. S. 7 (III. Sen. 6. Jan. 1862.) Entsch. des preuß. Obertrib. Bd. XXXI. S. 9.

Für **Baden**:
badische bürgerl. Proz.-Ordng. vom Jahre 1864 § 615 (aber jetzt Einf.-Ges. § 145. 1.);

Stelle, worauf die Anhänger der unbedingten Haftung von jeher großes Gewicht gelegt haben. Sie lautet:

„Sed pro his (nämlich für die frühere a. calumniae) introductum est et praefatum iusiurandum (sc. calumniae) et ut improbus litigator et dammum et impensas litis inferre adversario suo cogatur." In dieser Stelle wird namentlich von Wetzell,[46]) dem sich auch das Reichsgericht[47]) anschließt, das Wort improbus dahin gedeutet, daß darunter der im Prozeß Unterliegende als solcher ohne Rücksicht auf bösen Vorsatz zu verstehen sei und damit die Behauptung gestützt, daß im römischen Recht wenigstens der Regel nach der Unterliegende ohne Rücksicht auf subjektives Verschulden zur Erstattung der Prozeßkosten und der durch den Streit veranlaßten Schäden verbunden sei. Zur Unterstützung dieser Interpretation führt Wetzell eine Reihe von Stellen an, in denen angeblich das Wort improbus auch nur im Sinne des „nicht zubilligenden" gebraucht sei, ohne daß damit Rücksicht auf die Motive des Handelnden genommen sei.[48])

Allein bei genauerer Lektüre derselben ergibt sich, daß bei den meisten improbus mit „ruchlos" oder „unverschämt" übersetzt werden muß, und daß bei allen diese Übersetzung wenigstens gewählt werden kann.

Für Nassau:
nassauische Proz.-Ordng. § 34;
Für das Frankfurter Recht: Bender Handb. d. Frankf. Civ.-Proz. § 70. 1;
Für württembergische Partikularrechte ist zu vergleichen:
Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege Bd. I. S. 271;
Für Hessen:
Annalen der Justizpflege in Kurhessen. Bd. XI. S. 661 ff.
Für Hamburger Recht:
R.Ger.Entsch. Bd. XIX. S. 432.
Für Österreichisches Recht:
Kahane, die Folgen eines ungerechten Arrestes, in Grünhuts Zeitschrift für privates und öffentl. Recht Bd. XIX. S. 99 ff; und dagegen: v. Schrutka-Rechtenstamm daselbst Bd. XX. S. 182 ff.
Endlich wegen der in betracht kommenden Haftung für culpa schlechthin ist zu vergleichen:
Sächsisches bürgerl. Ges.-Buch §§ 116, 773, 774
Code civil art. 1382, 1383; Jurist. Wochenschrift Bd. XVI. S. 218.
R.Ger.-Entsch. Bd. XIII. S. 301. Entwurf eines bürgerl. Ges.-Buch f. d. deutsche Reich § 704.

[46]) System des ordentl. Civ.-Proz. 3. Aufl. § 46. N. 59.
[47]) R.Ger.-Entsch. Bd. VIII. S. 18.
[48]) l 10 D. de iud. 5. 1.
l 31 D. de rei vind. 6. 1.
l 45 D. de adm. et peric. 26. 7.
l 27 C. de transact. 2. 4.
l 16 C. de proc. 2. 13.
l 10 C. de his quae vi. 2. 20.
l 19 C. ad leg. Corn. de fals. 9. 22.

Dies gilt sogar von der Stelle,[49]) welche Wetzell besonders hervorhebt, und welche von dem improbum desiderium desjenigen handelt, welcher glaubt, es könne eine Veräußerung oder Promission, welche er aus Furcht vor einer Anklage vollzogen, rückgängig gemacht werden.[50])

Übrigens würde dieser Stelle auch eine ungleich größere Anzahl solcher Stellen gegenüber stehen, in welchen improbus die Bedeutung von „schlecht in moralischer Beziehung" ohne allen Zweifel zukommt.[51])

Ebensowenig kann aus der Titelüberschrift: „de poena temere litigantium" für diese Ansicht etwas gefolgert werden. Denn erstens ist der temere litigans nicht nur derjenige,[52]) der mit objektivem Unrecht, aber mit dem subjektiven Glauben an seine Berechtigung prozessiert, sondern überhaupt derjenige, der unbedachtsam, ohne Grund, mit Frechheit prozessiert, und es kann darunter der in bewußt schlechter Absicht den Streit eröffnende auch sehr wohl verstanden werden; zweitens ist in diesem Titel nicht nur von den Mitteln gegen leichtfertiges Prozessieren, sondern auch vorzugsweise gegen die calumniatores die Rede.

Auch Theophilus faßt „improbus" offenbar im Sinne von „moralisch schlecht" auf, da er es in seiner Paraphrase[53]) mit *ἀναίσχυντος* übersetzt.

Ebenso führt Heumann a. a. O. unsere Stelle geradezu als Beleg an für die Bedeutung von improbus=moralisch schlecht.

Nicht minder bestätigen innere Gründe diese Auffassung; der Zusammenhang, in dem unsere Stelle steht, läßt kaum einen Zweifel aufkommen: Es wird in diesem Titel zunächst dargelegt, daß die temeritas agentium durch 3 Mittel im Zaun gehalten werden könne: 1. pecuniaria poena 2. iuris iurandi religione 3. metu infamiae. Dann wird erwähnt, daß in gewissen Fällen gegen die ihre Schuld ableugnenden Beklagten eine Strafe aufs doppelte oder dreifache ausgesprochen werde, und daß bei anderen Deliktsverpflichtungen, namentlich beim furtum, die Klage in jedem Fall auf ein vielfaches gehe; sodann wird übergegangen auf die calum-

[49]) l 10 C. de his, quae vi 2. 20.

[50]) Heumann, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts s. v. improbus führt die l 19 C. 9. 22. sogar als Beispiel an zur Begründung der von ihm angegebenen Hauptbedeutung von improbus, nämlich schlecht in moralischer Beziehung.

[51]) z. B.: l 51 § 1 D. 42. 1.
l 2 § 2 D. 28. 6.
l 7, 9 C. 7. 32.
l 20 C. 2. 11.

[52]) Dernburg, Abhandlungen S. 125 N. 41.

[53]) 4. Buch § 386.

niatores und die früher gegen dieselben stattfindende actio calumniae, an deren Stelle nunmehr der Calumnieneid und die Bestimmung getreten sei, daß der improbus litigator das damnum und die impersae litis zu tragen habe. Im folgenden § wird noch bestimmt, daß bei gewissen indicia, z. B.: furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, de dolo, die Verurteilten die Strafe der ignominia treffe.

Es wäre doch offenbar eine mehr als verworrene Darstellung, wenn Justinian mitten unter diesen Maßregeln gegen dolus in seiner schlimmsten Art und Form eine Bestimmung zum Nachteile dessen getroffen hätte, der vielleicht in optima fide einen Prozeß begonnen, und nur durch die Ränke seines Gegners verloren hat, noch dazu eine Bestimmung, welche ihn nicht nur für die impensae litis, sondern auch noch für's damnum haften läßt.

Der historische Grund, den Wetzell für seine Ansicht in's Feld führt, erweist sich als nicht stichhaltig: „Wenn es wahrscheinlich ist", erklärt er a. a. O., „daß das Verschwinden der a. calumniae seinen Grund in dem schwierigen Beweis der calumnia gehabt habe, so kann dieser Beweis unmöglich wiederum die Voraussetzung für den jener Klage substituierten Kostenersatz sein sollen."

Die gewählte überaus vorsichtige Ausdrucksweise an dieser Stelle zeigt bereits, daß er selbst wenig Vertrauen zu diesem Argument hat, allein es ist dabei auch übersehen, daß die Haftpflicht des improbus litigator eben nicht das Einzige war, was an die Stelle der früheren a. calumniae trat, daß vielmehr das Hauptersatzmittel der neu eingeführte Calumnieneid war, durch den der calumniator aus Furcht vor dem himmlischen Richter auch für die Fälle, in denen der Beweis seines dolus schwierig sein mochte, von seinem ruchlosen Prozessieren abgeschreckt werden sollte und daß somit nichts im Wege stand, für die Fälle des leichteren Beweises die Haftung des calumniator beizubehalten. Es war dies auch jedenfalls ein besserer Ausweg als der, den Unschuldigen wie den Schuldigen, die optima, wie die mala fides, gleichmäßig zu bestrafen.

Die Entscheidung der Controverse des gemeinen Rechts, ob die Kostencompensation die Regel zu bilden habe, und der Unterliegende nur dann auch die gegnerischen Kosten zu tragen habe, wenn ihm dolus oder culpa lata zur Last gelegt werden könne,[54]) oder ob der Unterliegende schlechthin regelmäßig zur Kostenerstattung verbunden sei, und nur wegen iustus error Restitution einzutreten habe,[55]) ist für unsere Frage irrelevant, denn selbst

[54]) Dernburg, Abhandlungen S. 132 ff.

[55]) Wetzell a. a. O. S. 565, 566; bei den oben angegebenen Voraussetzungen unserer Frage hätte sowieso regelmäßig Restitution zu erfolgen.

wenn die letztere Ansicht als die richtige anzuerkennen wäre, sprechen doch sämmtliche Stellen, welche dafür angeführt werden, nur von sumptus und impensae litis, keineswegs aber vom damnum, handeln somit nur von den Prozeßkosten im engeren Sinn, für welche ja jetzt die Bestimmungen der R.C.P.O. allein maßgebend sind.[56])

Dagegen dürfte dem Reichsgericht[57]) wohl nicht beizupflichten sein, welches annimmt, unsere ganze Stelle wäre durch das Einführungsgesetz zur R.C.P.P aufgehoben, weil sie Prozeßgesetz sei und zwar ebensosehr Prozeßgesetz, wie der ganze Titel der C.P.O. über die Prozeßkosten auch Prozeßgesetz sei, wenn derselbe auch materielle Rechtsnormen enthalte. Denn es ist zu beachten, daß die Motive[58]) zu § 87 R.C.P.O. ausdrücklich unterscheiden zwischen Prozeßkosten im engeren Sinn und den „Schadensansprüchen, deren Fundament nicht allein durch die Thatsache des Obsiegs im Rechtsstreit, sondern noch durch weitere Umstände begründet wird", woraus zu entnehmen, daß die C.P.O. derartige Schadensansprüche eben überhaupt nicht regeln, vielmehr die dafür bestehenden Normen aufrecht erhalten wissen wollte, daß also auch diese Bestimmungen nicht als Prozeßgesetz im Sinn des § 14 Einführungsgesetz zu R.C.P.O. aufzufassen seien.

Deshalb dürfte auch die Ansicht Merkels[59]) nicht zu billigen sein, der ohne jede nähere Begründung annimmt, daß der Schadenseratz wegen Vollziehung ungerechtfertigten Arrestes ebenso zu beurteilen sei, wie der Ersatz der Prozeßkosten an den siegreichen Beklagten.[60])

---

[56]) l 79 pr. D. de iud. 5. 1.
l 1 § 1 D. de vacat. 50. 5.
l 33 § 8 C. de episc. et cler. 1. 3.
l 1 C. Th. de fruct. et lit. imp. 4. 18.
l 5 in (rest.) C. de fruct. et lit. exp. 7. 51.
l 13 § 6 C. de iud. 3. 1.
l 3 C. de fruct. et lit exp. 7. 51.
Nov. 82 c. 10.
l. 6 C. de adm. tut. 5. 37.
Die l 78 § 2 de legat. II. bestimmt nur, daß für damnum derjenige einzustehen habe, der säumig wäre im solvere iudicatum.

[57]) R.Ger.-Entsch. Bd. XI. S. 419.

[58]) Begründung des Entwurfs S. 112; Hahn, Materialien S. 197.

[59]) Merkel, Arrest und einstweilige Verfügungen S. 189.

[60]) Ebensowenig kann aber auch mit Tinsch (Seufferts Blätt. f. Rechtsanwendg. 1891 Nr. 1) angenommen werden, daß deshalb, weil die Römer keine vorläufig vollstreckbaren Urteile resp. Arreste kannten, der Begriff des damnum auch nicht auf die dadurch erwachsenen Schäden ausgedehnt werden könnte; denn deshalb, daß der Gesetzgeber bei Aufstellung von Rechtsnormen an gewisse Thatbestände nicht denkt, oder nicht denken kann, die event. auch unter die Norm subsummiert werden können, ist doch nicht ausgeschlossen, daß dieselben trotzdem später darunter subsummiert werden und auch vom Ge-

Auch aus den allgemeinen Bestimmungen des gemeinen Rechts über außerkontraktliche Schadenersatzverbindlichkeiten, wie sie sich in der römischen lex Aquilia finden, kann die unbedingte Haftung des Impetranten nicht abgeleitet werden; als die Voraussetzungen der in diesem Gesetz geschaffenen actio legis Aquiliae oder deren Erweiterung, der actio in factum, werden übereinstimmend angeführt: [61])

1. Schadenszufügung durch Beschädigung, Zerstörung oder Gebrauchsentziehung körperlicher Sachen;

2. Positives Thun, oder ein Unterlassen, wenn das Thun durch eine vorhergehende oder begleitende Thätigkeit geboten war;

3. Widerrechtlichkeit; dazu gehört a) daß der Beschädigende kein Recht zur Beschädigung habe; b) daß ihm die Beschädigung zur Schuld angerechnet werden könne.

Daß von diesen Voraussetzungen die zweite in unserem Falle gegeben ist, ist ohne weiteres einleuchtend. Denn daß die Haftung des Impetranten nicht dadurch beseitigt wird, daß er den Arrestvollzug nicht selbst bewerkstelligt, sondern dies durch den Gerichtsvollzieher oder event. das Vollstreckungs-Gericht thun läßt, wird niemand bezweifeln. Auch kann kein Bedenken darüber bestehen, daß, wenn der Impetrant nach der Vollziehung des Arrestes erkennt, oder bei gehöriger Sorgfalt erkennen müßte, daß wegen veränderter Umstände der Arrest nunmehr grundlos besteht, für denselben infolge seines früheren Vorgehens gegen den Schuldner die Stellung eines Antrages auf Aufhebung des Arrestes geboten sei, und das Unterlassen dieser Pflicht ihn daher (das Zutreffen der übrigen Bedingungen vorausgesetzt) verantwortlich machen müsse.

Die Voraussetzung sub 1 ist im Sinne der herrschenden Lehre aufgestellt, wonach im gemeinen Recht nicht schlechthin für alle durch culpa verursachten Schäden gehaftet wird, sondern lediglich, wenn dieselben durch Beschädigung, Zerstörung oder Gebrauchsentziehung körperlicher Sachen entstehen.[62])

Da nun bei Verhängung von Arrest der Schaden in der Regel jedenfalls nur teilweise in Bezug auf körperlichen Sachen eintritt, so müßte, angenommen daß überhaupt auch die dritte Voraussetzung zutrifft, eine unterschiedliche Behandlung der Fälle mit dieser Maßgabe stattfinden.

---

setzgeber selbst, wenn er das Gesetz später erlassen, darunter subsummiert würden. (So auch das hessische O.A.G. in Annalen der Justizpflege in Kurhessen, Bd. XI, S. 663.

[61]) Windscheid, Pand. II. § 455 Z. 1—3.
Dernburg, Pand. II § 131.

[62]) Windscheid Pand. II § 451 N. 1.
Dernburg, Pand. II. § 135.

Was jedoch diese dritte Voraussetzung anlangt, so ist zwar bereits oben dargethan worden, daß ein Arrest, zu dem die gesetzlichen Voraussetzungen fehlen, nicht als objektiv erlaubt bezeichnet werden kann, und mag dem hier nur noch beigefügt werden, daß der lediglich formale Akt der Erlassung des Arrestbefehls denselben nicht zu einem objektiv erlaubten gestalten kann.

Allein wenn sich die Handlung des Impetranten auch als rechtswidrig darstellen mag: damit gegen ihn die aquilische Klage Anwendung finden könnte, müßte ihm auch noch ein Verschulden zur Last gelegt werden können;[63]) wir haben aber von vornherein angenommen, daß der Impetrant mit der vollen Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes bei seinem ganzen Vorgehen gehandelt habe; man sollte also meinen, es wäre somit nach dieser Annahme schon unmöglich, daß den Impetranten trotz alledem noch ein Verschulden treffen könnte. Henrici[64]) jedoch glaubt dieses verpflichtende Schuldmoment immerhin gefunden zu haben. Er sagt: „Das verpflichtende Schuldmoment liegt in dem bewußten Uebergreifen in fremdes Rechtsgebiet". Dies ist, wie es Henrici teilweise selbst thut, dahin zu erläutern: daß der Impetrant, mag er auch noch so sehr in dem Glauben sich befinden, daß Arrestgrund und Arrestforderung vorhanden seien, und er daher im vollen Rechte handle, doch immerhin sich bewußt bleiben muß, daß im Bestreitungsfall der Richter darüber zu entscheiden hat. Wenn nun der Impetrant trotz dieser Erkenntnis es wagt, die Vollziehung des Arrestes zu bewirken, eine Handlung, von der er wissen muß, daß sie dem Gegner voraussichtlich Schaden bringt, so liegt in dieser bewußten Uebernahme der Gefahr, daß der Richter event. anderer Meinung ist, und den Arrest wieder aufhebt, das ihn verpflichtende Schuldmoment.

Um diese Ansicht zu widerlegen,[65]) braucht man nur die Schuldarten des gemeinen Rechts zu betrachten; es gibt deren bekanntlich nur zwei: dolus und culpa.

Am meisten Aehnlichkeit hat Henrici's Schuldmoment noch mit dem dolus, insofern der Impetrant sich wohl bewußt ist, in fremdes Rechtsgebiet einzugreifen, also eine an sich rechtswidrige zum Schadenersatz verpflichtende Handlung zu begehen; allein derselbe wird eben durch den irrtümlichen Glauben des Impetranten, berechtigt zu sein, ausgeschlossen; denn daß der dolus durch Irrtum (selbst unentschuldbaren) ausgeschlossen werde, muß schon deshalb unbestritten sein, weil dieser Satz sich aus dem Begriffe[66]) des dolus selbst ergibt.

---

[63]) Glück, Kommentar zu den Pandekten Bd. XXII S. 263.
[64]) a. a. O. sub Ziff. I.
[65]) Dagegen auch R. Ger. Entsch. Bd. XXVI S. 210.
[66]) l 1 § 2 D. de dolo malo 4. 3.

Henrici glaubt jedoch, daß sein Schuldmoment unter den Begriff der culpa zu rechnen sei.[67])

Allein zum Begriff der culpa gehört eben notwendig die Vernachlässigung pflichtmäßiger Sorgfalt, die Versäumnis gehöriger Anspannung der Geisteskraft.[68])

Der Impetrant hat nun aber, wie schon vorausgesetzt, bei seinem Gesuch um Arrest kein nach vernünftigen Anschauungen des Verkehrs zur Anwendung zu bringendes Mittel unversucht gelassen, um sich von dem Vorhandensein seiner Forderung und des Arrestgrundes zu überzeugen. Welche Erwägungen sollte er noch anstellen?

Wenn ihm nach Henrici's Ansicht etwa noch zugemutet werden soll, daß er, in anbetracht dessen, daß eben doch nicht er und seine rechtskundigen Beistände, von denen er sich hat Rat erteilen lassen, sondern der Richter schließlich über sein Recht zu befinden hat, das gefährliche Experiment nicht wagen, und kein Arrestgesuch stellen solle, so würde damit überhaupt das ganze Institut des Arrestes unmöglich gemacht.[69])

In der Anlegung des Arrestes in dem Bewußtsein, daß derselbe trotz aller Sorgfalt doch als ungerechtfertigt wieder aufgehoben werden könnte, kann somit unmöglich eine culpa erblickt werden.

Durch die unrichtige Auffassung des Begriffs der culpa ist übrigens Henrici noch zu einem anderen Irrtum verleitet worden. Er behauptet nämlich[70]) (und sucht es durch umfangreiche Erörterungen zu erhärten), daß, wie bereits oben erwähnt, entschuldbarer Irrtum die Schuld (culpa) nicht ausschließe. Henrici denkt dabei offenbar an Fälle, wie etwa der folgende:

Ein mit B, dem Schuldner des A, in Feindschaft lebender Nachbar weiß den A durch alle möglichen geschickten Kunstgriffe (z. B. Vorlegen gefälschter Briefe des B) zu dem Glauben zu verleiten, sein Schuldner B sei im Begriffe auszuwandern und A müsse daher gegen B schleunigst mit Arrest vorgehen, um noch zu dem Seinigen zu gelangen. Die Machinationen des feindlichen Nachbarn sind so geschickt, daß dem A absolut kein Mangel an Sorgfalt vorgeworfen werden kann, wenn er sich von der Auswanderungsabsicht seines Schuldners überzeugen ließ, Arrestbefehl

---

[67]) Er sagt dies zwar nicht ausdrücklich, doch geht es daraus hervor, daß er den (bei Windscheid Pand. II § 455 N. 13 aufgestellten) Satz, daß durch entschuldbaren Irrtum die culpa ausgeschlossen werde, zu widerlegen sucht.

[68]) Dernburg, Pand. I § 86.

[69]) Man möchte den Verfasser fragen, was denn eigentlich, der Impetrant nach seiner Meinung thun sollte, damit ihm der Vorwurf eines schuldhaften Verhaltens nicht gemacht werden könnte.

[70]) a. a. O. sub Z. III.

erwirkte, und denselben vollziehen ließ. Wenn nun B nach aufgehobenem Arreste Schadensklage gegen A anstellte, so würde Henrici behaupten müssen, dieselbe sei begründet, denn durch den entschuldbaren Irrtum des A hinsichtlich des Arrestes werde seine Schuld nicht ausgeschlossen, die ja in dem bewußten Eingriff in fremde Vermögensrechte bestehe; und vorausgesetzt, daß man überhaupt das eigentümliche Schuldmoment Henrici's anerkennt, läßt sich dem auch nicht wohl widersprechen. Allein handelt es sich denn hier überhaupt um den Satz, daß durch entschuldbaren Irrtum die Schuld ausgeschlossen wird? Soll dieser Satz zur Anwendung kommen, so muß durch den entschuldbaren Irrtum der Glaube erregt werden, dazu d. h. zur schadenbringenden Handlung, berechtigt zu sein. Aber wenn man mit Henrici die Schuld des Impetranten in seinem Entschluß, in fremde Vermögensrechte einzugreifen trotz seines Glaubens an sein Recht dazu, erblickt, so kann allerdings diese Schuld durch seinen entschuldbaren Irrtum, der ihn zu eben diesen Glauben verleitet hat, nicht beseitigt werden. Denn hier wird eben durch den entschuldbaren Irrtum des Impetranten zwar sein Glaube, zum Eingriff in fremde Vermögensrechte berechtigt zu sein, erregt, nicht aber sein Glaube, das Wagnis des Eingriffs in fremde Vermögensrechte bei diesem Glauben unternehmen zu dürfen. Der entschuldbare Irrtum hängt also hier mit etwas ganz anderem, als mit dem eigentlichen Schuldmoment zusammen.

Daß es übrigens in der That solche Fälle sind, die Henrici im Sinne hat, ja daß er den Satz, den er widerlegen will, indirekt selbst anerkennt, geht daraus hervor, daß er als Ausnahme (bei der also entschuldbarer Irrtum die Schuld ausschließt) den Fall anerkennt, in welchem der Impetrant glaubt, Eigentümer der mit Arrest belegten Sache zu sein, wobei ihm, wie es heißt „regelmäßig das Bewußtsein des Eingriffs in fremde Vermögensverhältnisse fehlen wird." Nur in Fällen dieser Art nämlich (und ihm wäre wohl der gleich zu stellen, daß der Impetrant in entschuldbarem Irrtum glaubt, der Impetrat hätte ihm die Erlaubnis dazu erteilt) kann der entschuldbare Irrtum mit dem Henrici'schen Schuldmoment überhaupt in einen Zusammenhang treten, daß von der Möglichkeit eines Ausschlusses dieser eigenartigen Schuld durch entschuldbaren Irrtum die Rede sein kann, denn nur hier kann der Impetrant sich von der Gefahr frei fühlen, daß seine Maßnahmen durch richterliche Anordnung später wieder rückgängig gemacht würden.

Aus der lex Aquilia läßt sich somit für unseren Fall die unbedingte Haftung des Impetranten hauptsächlich deshalb nicht begründen, weil es diesem an dem nötigen Verschulden fehlt.

Man hat sodann aus den römischen Quellen für unsere Frage auch noch herangezogen die l 7 C. unde vi 8. 4.[71]) und die actio quod metus causa, insbesondere die l 23 § 3 D. quod metus causa 4. 2.[72])

Allein beide Stellen können, abgesehen von dem Erfordernis des dolus auf seite des Zwingenden, nicht zur Anwendung kommen, da die Erstere bekanntermaßen nur von der Eigenmacht[73]) handelt, und auch die Zweite voraussetzt, daß sine notione iudicis widerrechtlich Zwang ausgeübt wurde.

Auch auf Grund deutschrechtlicher Quellen des gemeinen Rechts kann die unbedingte Entschädigungspflicht des Arrestimpetranten nicht dargethan werden. Die einzige Bestimmung, welche hier in betracht kommen kann, ist der § 87 des Reichstagsabschiedes von 1594. Derselbe lautet:

„Was dann ferner bei diesen[74]) Sachen de arrestis der Expens Kosten, Schaden deterioration und interesse halben erregt worden, von welcher Zeit an dieselbige dem klagenden Teil erstattet werden sollen, sintemal es in des Arrestierten Gelegenheit stehet, die Caution förderlich zu offerieren und zu leisten: So wollen und ordnen Wir, daß dieselbig Erstattung a tempore oblatae Cautionis, und nicht weiter, auch kein andere Expens und Interesse, dann allein die, so ex re ipsa geursacht, geschehen und erkennt werden soll."

Aus dem Wortlaut dieser Stelle ergibt sich zunächst, daß damit überhaupt die Ersatzverbindlichkeit für keinen anderen Schaden festgesetzt werden wollte, als den, der ex re ipsa geursacht wurde, der also durch Untergang oder Verschlechterung der mit Arrest belegten Sachen entstanden wäre; der Ersatz des sogenannten mittelbaren Schadens war somit gänzlich ausgeschlossen.

Aber auch insoweit kann eine unbedingte Ersatzpflicht des Arrestklägers aus dieser Stelle nicht abgeleitet werden, denn dieselbe setzt (wie sich in Verbindung mit § 81 eodem klar ergibt) des weiteren noch voraus, daß der Arrestat dem Arrestkläger hinreichend Kaution angeboten habe, diese aber von Letzterem nicht angenommen, und der Arrest aufrecht erhalten worden sei. Aus

---

[71]) Mevius de arr. c. XXIII § 21.

[72]) Briegleb, summarische Prozesse § 79 i. f.; eine ausführliche Widerlegung der Darlegungen Briegleb's findet sich bei Kahane in Grünhuts Zeitschrift, Bd. XIX, S. 128—130.

[73]) Daß das Vorgehen des Impetranten denselben nicht unter dem Gesichtspunkte der staatlich geleiteten Eigenmacht unbedingt verantwortlich machen kann, findet eine eingehende Darlegung von Kahane a. a. O. S. 133—136, erscheint übrigens auch selbstverständlich, da eine staatlich geleitete Eigenmacht doch nur eine contradictio in adiecto ist.

[74]) Damit wird auf die Bestimmungen in § 81 bezug genommen: darüber im folgenden.

dieser Bestimmung allein würde sich die völlige Unanwendbarkeit des § 87 auf einen auf Grund der R.C.P.O. erwirkten Arrest ergeben, da ja ein solcher gemäß § 803 dies. Gesetzes stets durch Hinterlegung einer bestimmten Kaution auf Antrag des Schuldners vom Gericht aufgehoben werden muß.

Damit steht in Zusammenhang, was § 81 eodem enthält; in diesem § ist nämlich unter Bezugnahme auf den Reichstagsabschied von 1570 § 84 eine ausdrückliche Erläuterung des dort gebrauchten Wortes arrestum gegeben, und bestimmt, daß damit nur diejenigen Arreste gemeint seien, welche ein Reichsunmittelbarer bei einem anderen Reichsunmittelbaren anlegt;[75]) und der § 83 betont, daß die Bestimmungen unseres Reichstagsabschiedes nicht auf die Arreste anzuwenden seien, „so von einem Richter, Magistrat oder Obrigkeit, welche von einer dritten Person als der Parthey pro interesse suo Ampt und Obrigkeit halben angeruffen werden, erlangen und beschehen."[76])

Ebenso wenig ist es möglich durch Berufung auf das von den älteren Praktikern aufgezeichnete Gewohnheitsrecht die Ansicht von der unbedingten Haftung des Arrestlegers zu begründen.[77])

Die Stelle, welche gewissermaßen als die Wurzel und der Ausgangspunkt aller späteren derartigen Darlegungen erscheint, und auf welche sich alle späteren direkt oder indirekt berufen, und zwar meist ohne selbständige Begründung, findet sich bei Colerus,

---

[75]) Im übrigen wiederholt dieser § den § 84 des R.A. von 1570, wonach für den Fall, daß ein solcher Arrest trotz angebotener Kaution nicht aufgehoben würde, deshalb ein mandatum sine clausula beim Reichskammergericht erwirkt werden könnte.

[76]) Auch hier wiederum behauptet das Reichsgericht (R. Ger.-Entsch. Bd. XI, S. 420), diese Bestimmungen genannten Reichstagsabschiedes seien antiquiert, durch den § 14 Einf. Ges. z. R.C.P.O. aufgehoben. Allein es muß auch hier dasselbe gelten, was bereits oben hinsichtlich des § 1 J. de poena temere litig. gesagt wurde; es darf nicht vergessen werden, daß es sich hier um materielles Recht handelt, und daß ein Rechtssatz deshalb, weil er sich auf einen prozessualen Thatbestand bezieht, oder in einer Prozeßordnung sich findet, noch nicht zu einer „prozeßrechtlichen Vorschrift" werden muß.

[77]) Zu demselben Resultat gelangt auf grund anderer Stellen Kahane a. a. O. S. 112, 113. Als Ausnahmen, bei denen auch die älteren Praktiker die unbedingte Haftung anerkennen würden, werden daselbst die Fälle angeführt, in welchen bei periculum in mora der Arrest nach vorgängiger Kautionsstellung auf Gefahr des Impetranten angeordnet wird, und wird diesen Fällen der gleichgestellt (Anm. 17), in welchem nach § 801 R.C.P.O. der Arrest auf grund von Sicherheitsleistung erkannt ist, obwohl Anspruch oder Arrestgrund nicht glaubhaft gemacht sind.

Der eigentliche Grund der unbedingten Haftung des Arrestlegers in diesen Fällen muß jedoch nicht sowohl in einer im objektivem Recht gegenüber der Regel bestehenden Ausnahmevorschrift erblickt werden, als vielmehr in der mit der Kautionsbestellung erfolgenden speziellen Haftungsübernahme durch den Impetranten, wie unten des näheren gezeigt werden wird.

tract. de proc. execut. p. II c. III n. 39 (1602). Sie handelt von einem Gläubiger, der die Güter seines Schuldners „extra casum dilapidationis aut suspicionis fugae" mit Arrest hat belegen lassen, und sich zu dessen Begründung auf ein Gewohnheitsrecht beruft, dessen Beweis ihm aber nicht gelingt. Für diesen Fall erklärt ihn Colerus verbindlich „ad refusionem sumptuum et interesse pro rebus debitoris ita de facto sequestratis".

Zwar muß zugegeben werden, daß Colerus hier von der Voraussetzung ausging, daß der Arrestleger bei der Impetrierung des Arrestes in dem guten Glauben sich befand, daß dieses Gewohnheitsrecht bestehe. Allein es muß auch beachtet werden, daß der Arrest angelegt wurde „extra casum dilapidationis aut suspicionis fugae", daß somit ein Arrest*grund* im Sinn der modernen Terminologie eigentlich nicht gegeben war, und daß es sich ferner um Rechtsirrtum handelt, der der Regel nach nicht verziehen wird, so daß also in diesem Fall der Arrestleger von einem Verschulden nicht wohl wird freigesprochen werden können. Auch begründet Colerus seine Ansicht keineswegs mit Citaten aus dem corpus iuris civilis oder canonici (was sonst die alten Praktiker im reichsten Maße zu thun pflegen), sondern er führt lediglich ein einziges Präjudicium vom Jahre 1578 an, wonach ein Antwerpener Kaufmann, auf dessen Betreiben gegen einen anderen Kaufmann de facto, aber nicht de iure, ein persönlicher Arrest verhängt wurde, „in expensas litis et interesse" verurteilt wurde.

Von den späteren bedeutenderen Praktikern der älteren Zeit ist es nur Carpzov[78]) von dem ohne Zweifel behauptet werden kann, daß er den Arrestleger für unbedingt ersatzpflichtig hält; allein er beruft sich dabei, ganz abgesehen davon, daß er speziell sächsisches Recht behandelt, einzig und allein auf die eben besprochene Stelle von Colerus mit den Worten: „creditor ad refusionem sumptuum, damnorum et interesse tenetur, *ut docet* Math. Colerus de proc. exec. P. II. c. III. n. 39" ohne jede weitere Begründung.

Diese Ansicht Colerus' und Carpzovs kann übrigens um so weniger in's Gewicht fallen, als eine Reihe anderer älterer Autoren gerade der gegenteiligen Ansicht zu sein scheinen.

Gaill insbesondere, einer der ältesten und bedeutendsten, leitet auf grund des R.A. von 1594 in seinem tract. de arrest. (1586) cap. XIII eine Verpflichtung des Arrestklägers zum Schadensersatz nur aus dessen mora ab, die dann eintrete, wenn derselbe trotz der ihm angebotenen Kaution die mit Arrest belegte Sache nicht

---

[78]) Bened. Carpzov definit. for. ad const. elect. Saxon. P. I Const. 30 Defin. 21. n. 3.

herausgeben wolle, und erklärt einen solchen Arrestator schlechthin als in dolo befindlich.[79]) Dagegen sagt er in n. 14 ausdrücklich, daß den Impetranten eine Ersatzpflicht vor Offerierung der Kaution keineswegs treffen könne, da ja in diesem Fall eher dem Impetraten (der keine Kaution leistet), als dem Impetranten eine mora zur Last zu legen sei; endlich spricht er fast nur von dem Schaden, der durch Untergang oder Verschlechterung der arrestierten Sache selbst entsteht.

Auch was die übrigen hervorragenderen Praktiker des 16. und 17. Jahrhunderts über unsere Frage sagen, kann nur in dem Sinne verstanden werden, daß sie nur den dolosen oder culposen Impetranten für verantwortlich halten. Baldus[80]) nämlich erklärt zwar einen Gläubiger, der die Waren eines Kaufmanns in Arrest legen ließ, für verpflichtet zum Ersatz von „damnum et interesse", er setzt aber dabei voraus, daß sich der Arrestleger in dolo befunden habe, daß er „calumniose" den Streit begonnen habe.

Auch bei Peck[81]) läßt sich aus dem Zusammenhang, in dem er unsere Frage behandelt, deutlich erkennen, daß er nur den Arrestator im Sinne hat, gegen den auch die actio iniuriarum mit Erfolg angestellt wird, der sich in dolo oder mindestens in culpa befindet: er handelt nämlich zunächst von der actio in iuriarum gegen denjenigen, der „alicuius rem per iniuriam occupaverit, vel non debitorem quasi debitorem appellaverit" und dann erst fährt er in n. 3 fort: „Tum vero non dubium est, quin ad damna et id, quod interest, teneatur"; und gleich darauf wendet er sich gegen diejenigen, „qui existimant, inioriosum, imperitum seu imprudentem eiusmodi creditorem in poenam huius temeritatis, quae certe cohibenda et restringenda est, omne ius sui crediti in universum amittere" was er doch für zu streng und hart erachtet.

Ganz dieselbe Anschauung, die sich aus diesem Zusammenhang ergibt, bekundet Klock,[82]) welcher sagt: „in causis arrestorum malitiosus arrestator in omnibus damnis expensis et interesse venit condemnandus". Dabei bezieht er sich auch ausdrücklich auf Peck cap. 18.

Am deutlichsten und klarsten aber spricht sich Berlich[83]) aus mit den Worten: „Denique in hac materia arrestorum notandum est, quod creditor, si alicuius bona, vel personam

---

[79]) Anfang von cap. XIII.
[80]) Baldus, consilia sive responsa vol. III. cons. 249 (1589).
[81]) Petr. Peck, de iure sist. cap. 18 (1615).
[82]) Casp. Klock, consil. Tom. II cons. 81 n. 14 (1673).
[83]) Matt. Berlich, conclus. pract. P. I conclus. 77. n. 38 u. 39 (1693).

frivole et iniuste arrestari et detineri faciat, non solum iniuriarum conveniri possit, sed etiam debitori, imprimis si mercator est, ad omne damnum et lucrum cessans restituendum teneatur." (Dazu führt er auch ein Präjudicium gegen einen gewissen Peter Quinting an.)

Neben diesen mit aller Klarheit sprechenden Stellen, welche merkwürdiger Weise auch von den Anhängern der unbedingten Haftung angezogen werden, können undeutliche und zum teil nur Partikularrecht oder verwandte Fragen behandelnde Ausführungen nicht von Bedeutung sein.

So sagt zwar Martin[84]) „tenetur iniuste arrestans arrestato ad refusionem sumptuum, damnorum et interesse"; allein er läßt nicht erkennen, ob er dabei annimmt, daß der iniuste arrestans sich in bona oder in mala fide hinsichtlich seiner Berechtigung befindet, doch möchte man aus den unter anderen dazu gesetzten eben besprochenen Citaten: Gaill, de arrest. cap. XIII, Klock, vol. II cons. 81 n. 14, Berlich, P. I conclus. 77 n. 39, eher das Letztere vermuten.

Mynsinger aber behandelt in seinen responsa[85]) eine ganz andere Frage, nämlich die, ob das Pfandrecht an einer Sache schon die Berechtigung gebe, dieselbe auch mit Arrest zu belegen.

Zur Erklärung der vermeintlich von den älteren Praktikern vertretenen Ansicht von der unbedingten Haftbarkeit des Arrestklägers hat man angeführt, daß dieselben auf grund der l. unic. C. de prohib. sequestr. 4. 4.,[86]) weil kein Prozeß mit der Exekution (als welche sich der Arrest darstelle) beginnen dürfe, überhaupt jeden Arrest für verboten und rechtswidrig gehalten, so daß die daraus von rechtswegen immer entspringende Ersatzverbindlichkeit durch die nachträgliche Rechtfertigung des Arrestes nur wieder aufgehoben, und der Arrest gewissermaßen entschuldigt werde, während eben bei deren Ausbleiben nur die an sich bestehende Ersatzverbindlichkeit in Wirksamkeit trete.

Nun ist zwar richtig, daß in der That bei verschiedenen älteren Praktikern[87]) der Arrest, weil ihn eben das römische Recht

---

[84]) Lud. Gunth. Martini comment. for. in Johannis Georgii I ord. proc. iud. Tit. LI § 1 n. 157 (1694).

[85]) Joach. Mynsinger resp. cent. prim. resp. 66. quaest. 3 (1601).

[86]) Quoties ex quolibet contractu pecunia postulatur, sequestrationis necessitas conquiescat; oportet enim debitorem primo convinci et sic deinde ad solutionem pulsari. Quam rem non tantum iuris ratio sed et ipsa aequitas persuadet, ut probationes secum afferat debitoremque convincat pecuniam petiturus.

nicht kannte, als ipso iure prohibitum, als von rechtswegen verboten bezeichnet wird, allein dem stehen doch schon wieder andere Stellen gegenüber, in welchen er nur regulariter als verboten bezeichnet wird, und Ausnahmen angegeben werden, in welchen er als zulässig erklärt wird,[88]) und welche unserem „Arrestgrund" entsprechen.

Auch muß beachtet werden, daß zur Zeit jener älteren Praktiker das Gewohnheitsrecht, auf welches sich das Institut des Arrestes gründet, jedenfalls noch nicht in dem Maße entwickelt war, und Boden gefaßt hatte, um gegenüber der Autorität des römischen Rechts genügend zur Geltung zu kommen, welches die germanische Privatpfändung, — aus welcher sich später das moderne Arrestrecht entwickelte, — zunächst vollständig verdrängt hatte. Heutzutage, wo sogar durch Reichsgesetz unter den entsprechenden Voraussetzungen die Berechtigung zum Arrest jedem gegeben ist, kann das Verbot des Arrestes im römischen Recht jedenfalls in keiner Beziehung von Bedeutung sein.

Von den Schriftstellern des 18. Jahrh. ist für unsere Frage zweifellos der bedeutendste[89]) Mevius (1734), und wird derselbe auch von fast allen Anhängern der Lehre von der unbedingten Haftung als Hauptstütze herangezogen. Und in der That scheint er auch nach einer Stelle in seinem tract. de arrest. c. 23 n. 14 mit Entschiedenheit für die unbedingte Haftung einzutreten:

In n. 13 spricht er von der gegen den Impetranten stattfindenden a. doli, zu deren Begründung jedoch der Nachweis des dolus erforderlich sei, der event. schwer gelingen könnte, und fährt dann fort:

„Tutius igitur, ubi de hoc experienti non satis constat, in factum actio dirigitur, et demonstrata arresti iniquitate petitur indemnitas; id enim inique arrestatus impetrare

---

[87]) z. B.: Klock Tom. II, cons. 81 n. 5.
Carpzov P. I const. 29 defin. 6 n. 1.
Richter de privil. cred. cap. 4 sect. ult. n. 1 ff.

[88]) Colerus P. I c. 2 n. 102, Martin Tit. LI § 1 n. 47., woselbst auch ausdrücklich eine Reihe von Ausnahmen aufgeführt werden, z. B. wenn der Schuldner fluchtverdächtig oder Ausländer ist u. dergl.; ferner:
Holland, tract. de arrest. mater. util. c. 1 Th. 4, S. 6.
Mevius, tract. de arr. c. 23 n. 4 und decis. tom. I, No. 388 n. 2.

[89]) Holland, de arrest. mat. util. (1729) cap. 7 thes. 2 sagt im wesentlichen auch nur, daß der Impetrant, gegen den die a. iniuriarum angestellt werden könne, auch zum Ersatz von Kosten und Schäden verpflichtet sei, Böhmer aber stützt sich in seinen consultationes et decisiones Tom. II. P. II. dec. 965 (1734) nur auf die bekannten Stellen bei Carpzov P. I. C. 30. def. 21 und Mevius, de arr. c. 23 n. 14.

debet, et si dolo arrestum non sit impetratum, ut arrestum ipsi nec praeiudicio rec impedimento, sed ipse in ea causa sit, atque si illud impositum non fuisset; quocirca refundi oportet expensas, damnum et omne, quod interest."

Dazu führt er 2 Belegstellen an, die eine von Gaill c. 14 in princ., aus welcher jedoch für unsere Frage gar nichts geschlossen werden kann, die andere ist die bereits oben besprochene Stelle bei Colerus P. II c. 3 n. 39.

Es wird jedoch die Tragweite dieser Stelle von Mevius selbst an anderen Orten, da er offenbar fühlte, daß er hier zu weit gegangen sei, wieder abgeschwächt. Zwar findet sich noch in cap. 22[90]) eine teilweise Bestätigung, indem er dort erklärt, daß der Impetrant eines arrestum iniquum jedenfalls für den Schaden einzutreten habe, der durch den Untergang oder die Verschlechterung der mit Arrest belegten Sachen durch denselben verursacht worden sei; jedoch bezeichnend ist hier schon die Begründung, die er für diese Ansicht aufstellt mit den Worten: „Intervenit hic culpa arrestantis; eo aequius et utilius illud est, quo temeritas arresta quaerentium continentia et coercitione magis eget".

Allein auch dieser in seinem Umfang beschränktere Satz kann durch die Quellen keine Begründung finden.[91])

An anderen Stellen scheint jedoch Mevius seiner oben angeführten Ansicht geradezu zu widersprechen: So erklärt er in cap. 20 n. 8, wo er von der Aufhebung des Arrestes spricht, es müsse der Richter mit derselben eine Entscheidung über damna et expensae treffen, „sic, ut, si liquida seu notoria sit arresti iniquitas, in istas statim fiat condemnatio et reservetur parti laesae specificatio, sicut pronunciari solet: daß daneben unbefugter Arrestant dem Arrestaten in die verursachten Kosten und Schäden, wenn er dieselben spezifizieren und liquidieren wird, wozu ihm 4wöchige Frist hiemit eingeräumt, zu verdammen sei."

Da demnach also die Verurteilung des Impetranten in Kosten und Schäden bei der Aufhebung des Arrestes nur dann erfolgen soll, wenn die iniquitas arresti eine liquide oder notorische sei, während dies sonst in einem besonderen Verfahren geschehen soll, so folgt daraus offenbar, daß unter der iniquitas arresti, als Voraussetzung der Ersatzpflicht für den Impetranten, nicht das Unterliegen, die Aufhebung des Arrestes an sich verstanden sein kann (denn dies wäre ja stets sofort notorisch), daß also ein sub-

---

[90]) n. 15—18; diese Stelle wird insbesondere von Gesterding, alte u. neue Irrtümer, angeführt.

[91]) cf. unten S. 29 ff.

jektives und daher schwerer nachweisbares Unrecht des Impetranten damit gemeint sei.

Damit stimmt völlig überein, was er gegen Ende dieses Kap. sagt: es solle nämlich „lite usque ad absolutionem dubia" eine Kompensation der „damna et expensae" eintreten, dem Arrestaten jedoch vorbehalten bleiben, mit den in cap. 23 genannten Klagen, nämlich der a. iniuriarum und der in n. 14 genannten a. in factum, seine Ansprüche geltend zu machen. Wegen dieser nachträglichen Prozesse wird der Richter noch gewarnt, den Impetranten sogleich ganz zu absolvieren, „nisi satis certus sit, arrestantem ob iustam arresti causam debere esse impunem", da er sonst leicht selbst statt des Impetranten in Anspruch genommen werden könnte. Denn daraus folgt offenbar, daß bei Zweifelhaftigkeit der Sache, selbst wenn der Impetrant unterliegt, und der Arrest wieder aufgehoben wird, doch Kompensation von Kosten und Schäden eintreten solle, daß also hier jedenfalls die bloße Aufhebung des Arrestes zur Begründung der Ersatzpflicht nicht genügt, und weiter, daß, wenn der Richter sicher ist, daß der Impetrant, obwohl er unterlegen, von seinem Standpunkt aus kein mutwilliges oder offenbar aussichtsloses Begehren gestellt, er denselben von Kosten- und Schadenserstattung lossprechen kann, wenn er dies auch freilich unterlassen soll, falls er fürchten muß, es möchte in einem eigenen Verfahren die Schuldlosigkeit des Impetranten doch nicht erwiesen werden können.

Auch der Eingang zu cap. 23., in dem Mevius mit Entrüstung von der Gewissenlosigkeit doloser Impetranten spricht, welche den Arrest dazu benützen, um andere in ihrem Vermögen, ihrer Freiheit und Ehre zu schädigen, will wenig zu dem dann folgenden § 14 passen.[92])

Uebrigens schwächt Mevius den in diesem § so apodiktisch ausgesprochenen Satz gegen Ende des cap. 23[93]) selbst ab, und erklärt, daß zur Begründung der Ersatzverbindlichkeit nicht die „absolutoria sententia aut relaxatio arresti" genüge, wohl aber begründe sie eine Präsumtion für die „iniquitas arresti"; auch müsse der Impetrant für die durch den Arrest verursachten Schäden, soweit sie sich auf die mit Arrest belegten Sachen beziehen, in jedem Fall eintreten.

Und dies scheint denn auch die eigentliche definitive Ansicht von Mevius zu sein.[94])

---

[92]) Darauf macht auch das öfter citierte Urteil des Rostocker O.A.G. aufmerksam.

[93]) n. 33—35.

[94]) Auch Henrici a. a. O. N. 17 erkennt sie als solche an, sie wird von Mevius nochmals vertreten in seinen Decisiones Tom. I dec. 388 n. 3.

Sie stellt sich im wesentlichen als Beweisregel dar, trifft aber der Hauptsache nach mit der Lehre von der bedingten Haftung des Impetranten zusammen.

Aber auch als Beweisregel ist diese Ansicht rein willkürlich; denn das römische oder gemeine Recht[95]) hat keineswegs eine Präsumtion dafür aufgestellt, daß aus dem Unterliegen in einem ordentlichen oder summarischen Prozeß geschlossen werden müßte, daß derselbe im Bewußtsein des Unrechts geführt worden sei, und es wird dies auch nichts weniger als den thatsächlichen Verhältnissen entsprechen.

Im Vorstehenden dürfte nun zur Genüge gezeigt sein, daß alle rechtlichen Bestimmungen, welche zur Begründung einer unbedingten Haftung des Impetranten herangezogen werden können, sich für diesen Zweck als ungeeignet erweisen. Der Impetrant kann nicht allein auf grund der Wiederaufhebung des Arrestes, sei es, weil sich ein Arrestgrund als nicht vorhanden herausgestellt hat, oder die Klage in der Hauptsache abgewiesen wurde, für alle Schäden ersatzpflichtig werden, sondern es muß ihm auch stets noch ein Verschulden zur Last gelegt werden können.

Dieser Grundsatz läßt sich abgesehen von den bisherigen, mehr negativen Beweisen auch durch eine Betrachtung positiver Natur erhärten: Princip des gemeinen Rechts ist es, daß den Schaden, für den niemand ein Verschulden zur Last gelegt werden kann, der zu tragen habe, den er zunächst getroffen: casum sentit dominus[96]) und wenn es von diesem Grundsatz abweicht, wie hinsichtlich des Schuldners, der sich in mora befindet,[97]) des malae fidei possessor nach der litis contestatio,[98]) oder beim sogenannten mixtus casus,[99]) so handelt es sich stets um ein „versari in re illicita", also wenigstens in anderer Beziehung um ein Verschulden des Haftenden, und es wird somit durch diese scheinbaren Ausnahmen die Hauptregel nur bestätigt, und daher muß auch in unserem Fall der Impetrat den Schaden, für den niemand verantwortlich gemacht werden kann, selber ertragen.

Erst der neueren Gesetzgebung, namentlich dem Reichshaftpflichtgesetz ist es vorbehalten geblieben, ein anderes Princip, näm-

---

[95]) cf. das bei Holland cap. 7 thes 2 aufgeführte responsum der Leipziger Juristen-Fakultät.

[96]) Dem widerspricht nicht, daß der Käufer die Gefahr trägt, denn „die Kaufsache wird auch ohne Tradition als aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das Vermögen des Käufers übergegangen angesehen" (Windscheid, Pand. II § 390 bei N. 3).

[97]) Windscheid, Pand. II §§ 280 bei N. 13, 264 bei N. 5.

[98]) eod. I § 124 Z. 2; III § 612 bei N. 10.

[99]) eod. II § 375 N. 10 u. 10a; cf. auch §§ 430 N. 7b; 378 N. 8, 8a; 382 N. 8a.

lich das der Haftung ohne Verschulden für einen Schaden, den man nur veranlaßt, aber nicht verschuldet hat, zur Geltung zu bringen; dem römischen und gemeinen Recht jedoch ist dies durchaus fremd geblieben.

V.

Wir sind bisher von der Voraussetzung ausgegangen, daß der Impetrant keine Kaution geleistet habe, und sind hier zu dem Resultate gelangt, daß er dann für den angerichteten Schaden nur haften müsse, wenn ihm ein Verschulden zur Last falle.

Es ist nun die Ansicht aufgestellt worden, auch unter der Voraussetzung, daß der Impetrant Kaution gestellt habe, sei nicht anders zu entscheiden; denn eine Kautions- oder Sicherheitsleistung sei ihrer Natur nach nur dazu bestimmt, die Erfüllung einer schon vorhandenen Forderung zu sichern, keineswegs aber eine neue Obligation zu begründen, um einen kurzen Ausdruck anzuwenden, die Kaution sei stets eine Erfüllung sichernde, nie eine Obligation begründende (und sichernde) Kaution.[100])

Diese Meinung wird vertreten in einer Entscheidung des Reichs-Ger., Bd. VII S. 380, in der öfter citierten Entscheidung des O.A.G. zu Rostock sub Ziff. III; ferner von Tinsch in Seufferts Blätt. f. Rechtsanw., 56. Jahrg. 1891 N. 1 i. f.; Wilmowsky-Levy, Kom. z. R.C.P.O., 6. Aufl. Bd. II § 801 N. 2; Planck, Lehrbuch des deutschen C.P.R., Bd. I § 67 II; Eccius-Förster,[101]) preuß. Priv.R., Bd. I § 90 bei N. 18 u. 19.

Direkt tritt ihr entgegen Pfitzer in der Zeitschrift f. deutsch. Civ.-Proz., Bd. XIII S. 304 ff., dem sich auch Seuffert, Komm. z. R.C.P.O., § 801 N. 3 anschließt.

Die Ansicht, daß durch „Sicherheitsleistung" stets nur eine bereits vorhandene Obligation in ihrer Erfüllung gesichert werde, kann nicht als richtig erachtet werden, und darf man zu ihrer Widerlegung nur nach Beispielen Obligation begründender Sicher-

---

[100]) Kahane a. a. O. S. 133 bezeichnet als die wahre Funktion unserer Kaution eine Ausgleichung der beiderseitigen Parteistellungen; aus dieser Auffassung läßt sich jedoch für die Frage, ob die Kaution des Impetranten Obligation begründend, oder nur Erfüllung sichernd sei, gar kein Schluß ziehen.

[101]) Dieser macht auch noch unter der Annahme, daß die Sicherheitsleistung gemäß § 801 Abs. 2 R.C.P.O. eine Obligation sichernde sei, den unzulässigen Schluß, daß die R.C.P.O. von der Voraussetzung der unbedingten Haftung des Impetranten ausgehen müsse, da ja sonst oftmals (namentlich für den Fall, daß Arrestgrund und Forderung glaubhaft gemacht sind) keine Forderung vorhanden wäre, zu deren Sicherung die Kaution haften würde, und die Kaution somit der inneren Rechtfertigung entbehren würde.

cf. unten S. 36.

Merkel, Arrest u. einstw. Verf., S. 189, 190.

heitsleistungen suchen; solche bieten sich auch in allen Rechtsgebieten reichlich dar:

Das Römische und gemeine Recht hat diese Art der Kaution sogar häufig angewandt. Dernburg[102]) sagt:

„Nicht wenig Kautionen wurden geschaffen, um Ansprüchen, welche an sich blos auf Billigkeit und auf dem Rechtsgefühl beruhten, rechtliche Kraft und Klagbarkeit zu gewähren. — Durch Kaution geschützt wurden vorzugsweise künftige und ungewisse (d. h. ihrer Existenz nach ungewisse) Ansprüche; seltener sind Kautionen für bereits fest bestimmte Rechtsansprüche."

Ebenso zählt Windscheid[103]) als eine besondere Art der Kautionen auch diejenigen auf, durch welche eine Zusammenfassung des vorhandenen Rechtsverhältnis in einen neuen, seinen Inhalt und seine Begrenzung feststellenden Vertrag erfolgt.

Es spricht dafür überhaupt die ganze Klasse der römischen Verbal- und Juralkautionen; und nach einer Interpretationsvorschrift Justinians in l 3 C. de verb. et rer. sign. 6. 38 sollte, wenn jemandem letztwillig eine cautio auferlegt wurde, darunter nur eine Stipulation verstanden werden.

Den sprechendsten Beweis aber für das Vorhandensein einer eine Obligation begründenden cautio im römischen Recht bildet jedenfalls die cautio damni infecti: hier besteht unbestrittenermaßen vor der Kautionsleistung keinerlei Haftung für den event. Schaden, und erst durch dieselbe wird die Obligation begründet.[104])

Wenn man Kautionen blos als Erfüllung sichernde auferlegen wollte, so dürfte man vernünftigerweise notorisch zahlungsfähigen Personen, von denen auch eine dolose Verweigerung der Zahlung nicht zu erwarten, überhaupt keine Kaution auferlegen; die Römer ließen nun aber den Fiskus und Stadtgemeinden, denen diese Eigenschaften vor allem zugeschrieben werden müssen, nicht etwa gar keine Kaution leisten, wohl aber eine blos promissorische[105]) da sie

---

[102]) Pand. 2. Aufl. Bd. I § 167 S. 383.

[103]) Pand. Bd. I § 134 Z. 1.

[104]) cf. auch Henrici a. a. O. sub Ziff. III am Anf.; Windscheid, l. c. N. 3.

Ferner gehört hieher die cautio pro rato und die cautio pro reconventione des gemeinen Civilprozeßrechts; über erstere sagt Schlayer (die Lehre von den Kautionen des gem. deutsch. Civilprozesses in Lindes Zeitschrift f. Civilr. u. Prozeß n. F. Bd. IX No. X S. 281) wörtlich wie folgt:

„Die Kautionen des Stellvertreters gehören zu denjenigen, bei welchen es sich nicht blos um Sicherung einer (schon vorher begründeten) Verbindlichkeit handelt, sondern welche erst eine neue Rechtspflicht schaffen und begründen, zugleich aber allerdings die gehörige Realisierung derselben sichern, in dem sie für den Fall der Nichterfüllung angemessene Entschädigung darbieten."

[105]) Arndts Pand. § 93 N. 3.

wohl wußten, daß die feste Begründung der Obligation in diesen Fällen viel wichtiger sei, als die Sicherung der Erfüllung solcher Verpflichtungen.

Auch in den neueren Reichsgesetzen fehlt es nicht an Beispielen für unsere Behauptung: Mit Recht wird von Pfitzer der § 117 der R.Str.P.O. angeführt, wonach ein Angeschuldigter gegen „Sicherheitsleistung" mit der Untersuchungshaft verschont werden kann: Wenn ein Angeschuldigter, ohne vorher Sicherheit geleistet zu haben, sich dem Strafrichter entzieht, so ist er dem Staat deshalb jedenfalls nicht zur Zahlung einer gewissen Geldsumme verpflichtet, wohl aber ist dies der Fall, wenn er Sicherheit geleistet hat. Daraus geht aber hervor, daß eben mit der „Sicherheitsleistung" d. h. z. B. mit der Hinterlegung der Wertpapiere die stillschweigende Uebernahme einer bedingten Verpflichtung verbunden ist (das bedingte Versprechen zur Zahlung einer Conventionalstrafe, welches Versprechen dann seinerseits wiederum in seiner Erfüllung gesichert wird, wie Planck in seinen Vorlesungen über Strafprozeßrecht § 40 Ziff. 2 sagt); denn aus der Hinterlegung allein folgt doch nicht das Recht des Staates (wenn auch ev. die Macht), dieselben unter gewissen Voraussetzungen für sich zu behalten.

Ganz dasselbe gilt nach § 337 R.Str.P.O., wenn die Erteilung sicheren Geleites an eine Sicherheitsleistung geknüpft ist.[106])

Auch diejenige Sicherheit, welche nach dem Hand.Ges.B. § 190 a Abs. 3 der Kommanditist, der einen Beschluß der Generalversammlung mit ordentlicher Klage anficht „wegen der der Gesellschaft drohenden Nachteile"[107]) auf deren Verlangen leisten muß, kann doch nur so aufgefaßt werden, daß eben die Gesellschaft dadurch vor diesen Nachteilen wirklich gesichert sein solle, und dieselben nicht zu befürchten brauche. Das kann sie aber offenbar nur dann, wenn der klagende Kommanditist, falls er mit seiner Klage abgewiesen wird, dieselben auf jeden Fall zu ersetzen sich verpflichtet, nicht aber, wenn er sich nur insoweit dazu verpflichtet, als er zu deren Ersatz nach allgemeinen Grundsätzen verbunden, und dies vielleicht durch einen langwierigen, in seinem Ausgang zweifelhaften Prozeß entschieden ist.

Diese Ansicht wird um so einleuchtender, wenn man erwägt, daß es sich hier um eine Klage im ordentlichen Prozeßweg handelt, bei der nach gemeinem Recht die Ersatzverbindlichkeit des Klägers für event. Schäden auf noch unsichererer Basis steht, als beim Arrestprozeß; daß die der Gesellschaft drohenden Nachteile insbesondere durch Kreditgefährdung unter Umständen sehr bedeutende sein können;

---

[106]) Löwe, Kom, z. R.St.P.O. § 337 N. 2.

[107]) Derselbe Wortlaut in der R.C.P.O. § 801.

daß ferner die Anfechtung eines Beschlusses einer Gesellschaft durch eines ihrer Mitglieder etwas außerordentliches an sich hat, das nur durch die Gefahr unredlichen Gebahrens von seite leitender Persönlichkeiten der Gesellschaft erklärlich ist, und endlich, daß der Gesetzgeber selbst in richtiger Würdigung dieser Umstände der Gesellschaft sogar das Mittel der prozeßhindernden Einrede gegeben hat, um ja die vorherige Sicherheitsleistung erzwingen zu können.

Diese Beispiele dürften genügen zum Beweis der Möglichkeit und Existenz Obligation schaffender „Sicherheitsleistungen".

Es frägt sich nun, ob wir es auch in § 801 Abs. 2 R.C.P.O. wirklich mit einer solchen zu thun haben:

Es kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn jemand, wie in unserem Fall der Impetrant des Arrestes, auf richterliche Aufforderung, oder auch ohne daß eine solche vorhergegangen, „Sicherheit leistet", also etwa einen Wertgegenstand bei Gericht hinterlegt, und dieser Handlung überhaupt eine Bedeutung beigelegt werden soll, damit eine stillschweigende Erklärung darüber verbunden gedacht werden muß, welche, wenn auch noch nicht existente, Forderung durch den Wertgegenstand (beziehungsweise durch das Pfandrecht an demselben [108])) in ihrer Erfüllung gesichert werden soll.

Das Reichs-Gericht [109]) und die übrigen Anhänger der von demselben vertretenen Ansicht sagen nun einfach: Der Impetrant sichert durch die Hinterlegung die Erfüllung derjenigen Schadensersatzforderung, welche nach dem einschlägigen Civilrecht von seite des Impetraten gegen ihn erhoben werden kann. Dies scheint sehr beruhigend für den Impetraten und im Sinne des Gesetzgebers gesprochen. Allein wenn man sich frägt, wie denn auf grund der herrschenden Lehre des gemeinen Rechts die an den Richter gerichtete Erklärung eines redlichen Impetranten bei der Nachsuchung eines Arrestes demnach im einzelnen lautet, so muß man demselben etwa folgende Worte in den Mund legen:

„Ich ersuche um die Erlassung eines Arrestbefehls gegen meinen Schuldner; zwar bin ich mir wohl bewußt, daß demselben durch dessen Vollziehung event. sehr bedeutende Nachteile erwachsen können, auch kann ich meine Forderung und den Arrestgrund nicht glaubhaft machen, möglich wäre es auch, daß ich mich über mein Recht geirrt habe, und daher der Arrest wieder aufgehoben würde, allein ich bin immerhin bei der Prüfung meines Rechts mit Sorgfalt verfahren; sollte mir aber trotzdem dabei ein Verschulden zur Last fallen, und dies von seite des Impetraten bewiesen werden können, so würden ja, falls ich nicht einen entschuldbaren Irrtum meinerseits nachweisen könnte, die Wertpapiere, die ich hiermit

---

[108]) Seuffert, Komment. zur R.C.P.O., 5. Aufl. § 101 N. 4.
[109]) R.Ger.-Entsch. Bd. VII S. 116 i. f.

hinterlege, Sicherheit für seine Ansprüche gewähren. Sollte diese Beweisführung dem Impetraten freilich nicht gelingen, nun dann müßte er eben den Schaden, den ich ihm verursacht habe, als casus ertragen, denn ich könnte nicht dafür verantwortlich gemacht werden, da mich ja keine Schuld trifft."

Ein solches Arrestgesuch würde allerdings, wie eine Ironie auf den Richter und den Gesetzgeber klingen; und doch muß, wer mit dem Reichsgericht den Impetranten, der Sicherheit geleistet hat, nicht weiter als ohne solche haften lassen will, denselben in der That so sprechen lassen. Und eine solche Sicherheitsleistung sollte der Gesetzgeber im Sinne gehabt haben, der bei aller Erleichterung der Arresterwirkung und damit einer erfolgreichen Rechtsverfolgung doch Impetrant wie Impetrat gleichmäßig vor ungerechtem Schaden bewahren will?

Eine solche Sicherheitsleistung sollte einen Ersatz für mangelnde Glaubhaftmachung bilden können,[110]) und somit einem ängstlichen Richter, der bei der Prüfung des Arrestgesuches allzu genau verfährt, beruhigen und bestimmen können, event. auch ohne alle Glaubhaftmachung den Arrestbefehl zu erlassen,[111]) „sollte fast ausnahmslos darauf schließen lassen, daß weder der Anspruch jeder Begründung entbehrt, noch eine causa arresti mangelt?" [112]) sollte dem Impetraten eine wirkliche Sicherung und Ruhe gewähren vor den Nachteilen, die ihn bedrohen, und sollte ihn daher veranlassen, im Gefühl dieser seiner Sicherheit zunächst keinen Widerspruch gegen den Arrestbefehl selbst zu erheben — sondern etwa lediglich den Arrestvollzug durch Hinterlegung des im Arrestbefehl festgesetzten Geldbetrags zu beseitigen — ohne damit ein Zugeständnis des Arrestgrundes machen zu wollen?[113])

Es bedarf wohl keiner weiteren Auseinandersetzung darüber, daß an eine solche Sicherheitsleistung weder der Gesetzgeber, noch der Richter denken kann, wenn sie dadurch den Impetraten gegen Nachteile schützen wollen.

Wie aber richtiger Ansicht nach die „Sicherheitsleistung" des Impetranten aufgefaßt werden muß, zeigt uns der Wortlaut des Gesetzes selbst. § 801 Abs. 2 R.C.P.O. sagt: „Das Gericht kann,

---

[110]) Daß zu diesem Zweck die Sicherheitsleistung auch dienen soll, geht hervor aus dem Wortlaut des Gesetzes § 801 Abs. 2 und aus der Begründung des Entwurfes S. 451, 452 in Hahns Materialien zu den Reichsjustizgesetzen S. 473, 474. cf. auch Seuffert, Komm. z. R.C.P.O., § 801 N. 3 Abs. 1.

[111]) Der Richter würde also keineswegs gegen die C.P.O. verstoßen, wenn er den Arrestbefehl auf das angegebene Gesuch hin erlassen würde.
cf. Begründung zu §§ 745, 746 des Entw. der R.C.P.O. (R.C.P.O. §§ 800, 801) in fine; Hahn, Materialien, S. 474.

[112]) So der Wortlaut der Motive a. a. O.

[113]) R.Ger.-Entsch. Bd. XI, S. 430. in Seufferts Archiv Bd. XL. Nr. 167. Pfitzer a. a. O. O. i. f.

auch wenn der Anspruch, oder der Arrestgrund nicht glaubhaft gemacht ist, den Arrest anordnen, sofern wegen der dem Gegner drohenden Nachteile Sicherheit geleistet ist."

Daß mit den Worten: „wegen der dem Gegner drohenden Nachteile" nicht das Motiv des Gesetzgebers, das ihn zur Anordnung der Sicherheitsleistung bewog, bezeichnet sein kann, wird wohl von niemand bezweifelt: es wäre ganz gegen die Gewohnheit der Redaktoren der R.C.P.O., das gesetzgeberische Motiv in so breiter Weise darzulegen, und es läge darin überdies eine banale, in der R.C.P.O. ganz ungewöhnliche Ausdrucksweise. Ist mit diesen Worten aber nicht das gesetzgeberische Motiv angegeben, so können dieselben nur als Zweck der Sicherheitsleistung und als Bestandteile der Willenserklärung des Impetranten bei derselben aufgefaßt werden.

Dem Gesetzgeber, der dem Kaution leistenden Impetranten so weit gehende Rechte einräumt, schwebt eben vor, daß derselbe erklärt:

„er wolle wegen der dem Gegner drohenden Nachteile für den Fall der späteren Aufhebung des Arrestes Sicherheit leisten."

Eine solche Erklärung aber wird von jedem unbefangenen modernen Menschen und so auch vom Gesetzgeber selbst in dem Sinne aufgefaßt, daß damit der Impetrant sich für allen Schaden, der dem Impetraten durch den Arrestvollzug erwachsen kann, im voraus verbindlich erklärt, das Risiko trägt, die Garantie übernimmt. Jede Feuer- oder Hagelversicherungsanstalt wird ihren Versicherten erklären, daß sie ihnen Sicherheit leiste wegen der ihnen durch Feuer oder Hagel drohenden Nachteile, und niemand zweifelt daran, daß die Versicherungsgesellschaft nicht kraft allgemeiner objektiver Rechtsnormen, sondern auf grund des Uebereinkommens für den Schaden einzustehen hat. Im modernen Verkehrsleben kommen derartige „Sicherheitsleistungen" tagtäglich vor: Ein Fabrikherr leistet seinem Nachbar Sicherheit für die event. Schäden, die demselben durch eine neue maschinelle Anlage erwachsen könnten, und bittet ihn, deshalb seine Zustimmung dazu zu erteilen; eine Eisenbahngesellschaft leistet den Adjacenten Sicherheit für die Schäden durch den Betrieb der Eisenbahn; ein Kaufmann rät seinem Kollegen zu einer gefahrvollen Speculation, und da er aus seinem Rat nicht verpflichtet würde, leistet er ihm Sicherheit für event. Verluste.

In allen diesen Fällen handelt es sich um gefahrvolle, außergewöhnliche Unternehmungen und die Rechtfertigung derselben durch die von seite des Unternehmers geleistete Sicherheit, d. h. das Versprechen desselben, für alle daraus entstehenden Schäden zu haften, und läßt dieses Moment überhaupt auf das Vorhandensein einer Obligation begründenden Sicherheit schließen, so schwierig es auch

sonst sein mag, im allgemeinen Kriterien dafür anzugeben, wann man es mit Erfüllung sichernden, wann mit Obligation begründenden (und sichernden) „Sicherheitsleistungen" zu thun hat, da dies fast immer nur auf grund des einzelnen Falls zu entscheiden sein wird.[114])

Nur bei dieser Auffassung der Sicherheitsleistung in § 801 als einer Obligation begründenden klären sich auch alle angeführten Widersprüche mit Leichtigkeit auf: Nur bei solcher Sicherheitsleistung ist Impetrant wie Impetrat gleichmäßig vor ungerechtfertigten Schäden bewahrt, nur eine solche Sicherheitsleistung kann mangelnde Glaubhaftmachung ersetzen, einen ängstlichen Richter beruhigen, nur wenn der Impetrant eine wirkliche Gefahr übernimmt, falls sich herausstellen sollte, daß ihm Arrestgrund oder -Forderung mangelt, läßt sich auf deren Vorhandensein bei ihm schließen, nur eine solche Sicherheitsleistung kann den Impetraten bewegen, ohne sofortigen Widerspruch gegen den Arrestbefehl dessen Vollziehung durch Kautionsstellung abzuwenden, ohne damit das Vorhandensein des Arrestgrundes zugestehen zu wollen, denn nur bei solcher Sicherheitsleistung ist der Impetrat gegen Nachteile wirklich gesichert, keineswegs aber, wenn ihm nur die Erfüllung seiner event. durch langwierigen Prozeß zu erstreitenden Schadensansprüche auf grund des gemeinen Rechts gesichert ist.

Auch der 2. Satz des § 801 Abs. 2 R.C.P.O. bestätigt unsere Ansicht: In demselben ist die Auferlegung einer Sicherheitsleistung dem Richter auch dann gestattet, wenn Arrestgrund und Arrestforderung glaubhaft gemacht sind. Dieser Satz erscheint allerdings widersinnig, wenn man annimmt, daß die Sicherheitsleistung lediglich eine Erfüllung sichernde sei, und sich außerdem für bedingte Haftung des Impetranten erklärt. Denn wenn Arrestgrund und -Forderung glaubhaft gemacht sind, so ist kaum noch ein Verschulden des Impetranten möglich; für welche Forderung sollten also dann die hinterlegten Papiere haften? Wenn man jedoch annimmt, daß unter der Sicherheitsleistung eine Obligation begründende zu verstehen sei, dann ist klar, daß die Wertpapiere eben die

---

[114]) Planck, Lehrb. des deutsch. Civ.Proz.R. S. 372 zählt eine Reihe von Fällen auf, in denen jemand von einer, von dem regelmäßigen, streng rechtlichen Prozeßgang abweichenden, ausnahmsweise gestatteten Vergünstigung gegen Sicherheitsleistung Gebrauch macht, und ist der Ansicht, daß in diesen Fällen im gemeinen Recht der Unterliegende dem Gegner auch für Schäden und Kosten schlechthin haftbar ist. Er rechtfertigt dies damit, daß er erklärt, das gemeine Recht scheine von dem Gedanken auszugehen, daß, wer von einer ausnahmsweise gestatteten Vergünstigung Gebrauch mache, dies auf seine Gefahr und Kosten thue. Mir will jedoch scheinen, daß der wahre Grund dafür nicht sowohl in dieser Eigentümlichkeit des gemeinen Rechts, als darin zu suchen ist, daß man es eben hier übereinstimmend mit obiger Regel mit Obligation begründenden (und sichernden) Sicherheitsleistungen zu thun hat.

Erfüllung der mit ihrer Hinterlegung stillschweigend übernommenen Verpflichtung sichern.[115])

Nicht minder spricht die geschichtliche Entwicklung unserer Sicherheitsleistung dafür, daß sie eine Obligation begründende sei, und daher der Impetrant daraus hafte, auch wenn ihm kein Verschulden zur Last gelegt werden kann. Dieselbe vollzog sich in der Weise, daß ursprünglich die Sicherheit (cautio pro arresto) nicht dem Impetraten, sondern dem Richter bestellt wurde, und zwar in casum succumbentiae[116]); sie sollte den Richter gegen Verluste schützen, die ihm durch etwaige Syndikats- oder Injurienklagen von seite des Impetraten erwachsen würden. Dabei war der Richter angewiesen, den Arrest nur zu verhängen, wenn er nach gehöriger Prüfung sich von dem Vorhandensein von Arrestgrund und Forderung überzeugt hatte. Späterhin jedoch mußte der Richter, namentlich wenn für den Impetranten Gefahr auf dem Verzuge stand, den Arrest verhängen, auch dann, wenn ihm das Vorhandensein von Arrestgrund und -Forderung nicht glaubhaft gemacht erschien, dabei aber von dem Impetranten sowohl für das Gericht als auch für den Impetraten Sicherheitsleistung verlangen.[117]) Endlich mußte der Impetrant nur mehr dem Impetraten Sicherheit leisten.[118])

Diese Entwicklung benutzt nun das Rostocker O. A. G.[119]) zu folgender irrtümlicher Schlußfolgerung: die Kaution, erklärt dieses Gericht, sei ursprünglich, wenn auch indirekt dem Impetraten, doch zunächst dem Richter bestellt worden, und der Impetrat habe, um Entschädigung zu erlangen, stets das Vorhandensein eines Verschuldens nachweisen müssen; es habe diese Kaution nicht dazu gedient, um einen Entschädigungsanspruch des Impetraten auch ohne Nachweis eines Verschuldens zu begründen, und könne also

---

[115]) Man möchte versucht sein, daraus, daß sich die Sicherheitsleistung als eine Obligation begründende darstellt, den Schluß zu ziehen, daß demnach vorher keine Obligation bestanden haben könne, und daß somit die C.P.O. indirekt gegen die unbedingte Haftung sich erklärt habe. Allein die Sicherheitsleistung stellt sich ja lediglich als die Schaffung eines neuen sicheren Klaggrundes dar, ohne daß damit das Nichtvorhandensein eines anderen (auf dasselbe Ziel gerichteten) vorauszusetzen wäre.

[116]) Colerus, tract. de proc. ex. P. I c. 2 n. 116 und P. II c. 3 n. 39;
Corpzov, iurisprud. for. P. I const. 29 def. 25;
Berlich, concl. pract. P. I c. 74 n. 92;
Mevius, de arrest. cap. 4 § 14.

[117]) Churbraunschweigische O.A.G.-Ordnung von 1713 p. II tit. 16 § 2.

[118]) So nach der R.C.P.O.; für die ganze geschichtliche Entwicklung ist besonders zu vergleichen: Bolze in der Zeitschr. f. Deutsch. Civ.-Proz., Bd. XIII S. 268 ff. sub Ziff. III.

[119]) a. a. O. sub III.

auch jetzt nicht dazu dienen [120]; daß jedoch dabei dem Rostocker Gericht ein Fehler mit unterlaufen, läßt sich nicht verkennen. Es wird die direkte Sicherheitsleistung gegenüber dem Richter und die indirekte gegenüber dem Impetraten nicht auseinander gehalten, und die Erfordernisse des Klaggrunds bei der Klage des Impetraten gegen den Richter werden vermengt mit denen der Klage des Richters gegen den Impetranten. Die direkte Sicherheitsleistung gegenüber dem Richter war nun aber sicherlich eine Obligation begründende, denn der Richter wollte eben auf alle Fälle schadlos gehalten sein, falls etwa der Impetrat gegen ihn vorgehen würde, und konnte sich unmöglich darauf einlassen, daß er erst dann sich an die Sicherheit des Impetranten sollte halten können, wenn er diesem ein Verschulden nachgewiesen habe. Dem Richter mußte allerdings vom Impetraten dolus oder lata culpa nachgewiesen werden, wenn er ihn belangen wollte, allein der Richter hatte eben dem Impetraten überhaupt keine Sicherheit bestellt, und es kann daher nie davon die Rede sein, daß, wie das Rostocker Gericht sagt, zur wirksamen Einklagung der Kaution es immer noch des näheren Nachweises solcher Thatumstände (nemlich eines Verschuldens) bedürfe, welche die dadurch zu sichernde Forderung in concreto als begründet erscheinen lassen.

Heutzutage entspricht nun aber offenbar das Verhältnis zwischen Impetrant und Impetrat dem früheren Verhältnis zwischen Impetrant und Richter, nicht aber dem zwischen Richter und Impetraten. Denn es handelt sich ja doch um die Natur und Wirkungen der Sicherheitsleistung, und eine solche findet heutzutage zwischen Impetrant und Impetrat, wie früher zwischen Richter und Impetranten, statt.

Es folgt also auch aus dem Entwicklungsgange unserer Sicherheitsleistung, daß sie als eine Obligation begründende aufzufassen sei.

Wenn nun im vorstehenden genügend dargethan sein dürfte, daß sowohl im Sinne des Gesetzgebers und des Richters, welche die Parteien vor ungerechtfertigten (auch casuellen) Schäden zu schützen bestrebt sind, als auch im Sinn des Impetraten, der sich dadurch vor Nachteilen bewahrt glauben muß, wie nicht minder im Sinn eines redlichen Impetranten selbst, der gern bereit sein wird, lieber ein Risiko zu übernehmen, als sich dem gänzlichen Verlust seiner Forderung auszusetzen, die Sicherheitsleistung von anfang an als eine Obligation begründende, als die Übernahme einer bedingten Verpflichtung aufgefaßt werden muß, die dann ihrerseits wiederum in ihrer Erfüllung gesichert wird, so ist es selbstverständlich, daß nicht nachher der Schadensersatzrichter erklären

[120] Dies muß wohl als der Sinn der ziemlich unklaren Darstellung genannten Gerichts angegeben werden.

kann, durch Bestellung einer Sicherheit hafte der Impetrant „selbstredend" nicht weiter, als er schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen verpflichtet sei. Es muß genügen, wenn der Impetrat zur Begründung seiner Klage lediglich nachweist, daß Sicherheit bestellt worden sei, und seinen Schaden liquidiert. Der Rechtsgrund der Verpflichtung des Impetranten ist eben seine eigene bei der Leistung der Sicherheit stillschweigend abgegebene Erklärung. Die civilistische Construktion dieser Erklärung ist verschieden, je nachdem Sicherheit auf Grund vorheriger mündlicher Verhandlung mit dem Impetraten über die Statthaftigkeit des Arrestes oder ohne solche auferlegt und geleistet wurde. Im ersteren Fall hat man es einfach mit einem zwischen den Parteien abgeschlossenen Vertrag zu thun, im letzteren Fall ist die dem Richter gegenüber stillschweigend abgegebene Erklärung des Impetranten als ein Vertrag zu gunsten eines Dritten aufzufassen. Aus demselben steht dem Dritten wohl unzweifelhaft ein Klagrecht[121]) zu, denn daß dies durch den Vertrag bezweckt war, kann in keinem Fall offenkundiger sein, als hier[122]). Es erübrigt noch, die Einwendungen, welche gegen diese Auffassung der Sicherheitsleistung vorgebracht werden können, zu betrachten.

Der Haupteinwand kann darin gefunden werden, daß die Motive zur R.-C.-P.-O. [123]) selbst ausdrücklich erklären, die Frage der Ersatzverbindlichkeit des Impetranten gehöre dem Civilrecht an, und die Prozeßordnung wolle daher diese Frage nicht regeln. Mit Recht wird dagegen von Pfitzer a. a. O. eingewendet, daß sich diese Stelle der Motive, ebenso wie bei § 85 R. C. P. O., nur auf den Fall beziehen könne, in dem keine Sicherheit geleistet sei. Aber auch, wenn man sie auf den Fall der Sicherheitsleistung beziehen wollte, könnte damit doch nur gesagt sein, daß die C.P.O. dem Civilrecht die Beantwortung der Frage überläßt, welche Verpflichtungen daraus abzuleiten seien, wenn jemand erklärt, er wolle wegen der einem andern drohenden Nachteile Sicherheit leisten, und die Entscheidung könnte dann nicht anders lauten.

Wenn sodann weiters das Reichsgericht [124]) erklärt, daß, wenn der Gesetzgeber es in das Ermessen des Richters hätte stellen wollen, ob der Impetrant die Gefahr der Arrestanlage zu übernehmen hat,

---

[121]) Windscheids Ansicht (Pandekt. II § 316 N. 15) steht dem nicht entgegen.

[122]) Dernburg Pand. (2. Aufl.) § 18 Ziff. 2. Jedenfalls ist es der Richter, der, wie die Höhe der Kaution, so auch den übrigen Inhalt des pactum in favorem tertii zunächst einseitig feststellt, während dem Impetranten lediglich die Wahl bleibt, darauf einzugehen, oder sein Arrestgesuch abschlägig verbeschieden zu sehen. Der Richter will aber sicherlich dem Impetraten wirklichen Schutz, also auch ein Klagerecht aus diesem pactum gewähren.

[123]) Begründung des Entwurf. S. 454; in Hahns Materialien S. 475.

[124]) R.Ger.Entsch. Bd. VII. S. 382.

er dieser Absicht einen deutlichen Ausdruck im Gesetz gegeben und dies auch in den Motiven begründet hätte, so muß man auch hierin Pfitzer beistimmen, wenn er sagt, daß dies in der That geschehen, denn für einen unbefangenen Interpreten des Gesetzeswortes in § 801 wird diese Absicht offenkundig sein, und die Motive enthalten, wie oben gezeigt, verschiedene Stellen, welche diese Absicht des Gesetzgebers zur Voraussetzung haben, und dieselbe erklären.

Übrigens ist es nicht einmal korrekt zu behaupten, es sei in das Ermessen des Richters gestellt, ob der Impetrant haften solle oder nicht. Der Impetrant ist ja nicht genötigt, Sicherheit zu bestellen, wenn er es aber thut, so haftet er daraus, nicht weil ihm das richterliche Ermessen diese Haftung auferlegt, sondern weil er sie selbst, wenn auch stillschweigend, übernommen hat.

Was aber das Motiv des Gesetzgebers anlangt, das ihn bestimmt hat, den Impetranten zur Übernahme einer Haftung zu veranlassen, die ihn nach dem Landesrecht nicht trifft, so liegt wohl nicht leicht ein gesetzgeberisches Motiv klarer zu Tage, wie dieses: es ist eben gerade die Unzulänglichkeit des Landesrechts, insbesondere des gemeinen Rechts, dessen Bestimmungen über Schadensersatz ungenügend und unbefriedigend sind, es ist das in demselben und auch im Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich [125]) herrschende Prinzip, daß nur für den schuldhafter Weise angerichteten Schaden gehaftet wird; es ist das Streben des Gesetzgebers jedermann vor unverdienten Schäden zu bewahren und wenn niemand dafür verantwortlich gemacht werden kann, lieber den, der ihn veranlaßt hat, als den, den er getroffen, dafür einstehen zu lassen.

Nach den gleichen Gesichtspunkten ist die Frage nach der Bedeutung der früher im Arrestbefehl vielfach gebrauchten Klauseln [126]); „Soviel von Rechtswegen; quantum de iure; auf Gefahr und Kosten des Impetranten" zu entscheiden. Es wir auch hier alles darauf ankommen, ob anzunehmen sei, daß der Impetrant damit selbständig die Haftung für Kosten und Schäden übernehmen wollte. Dies wird aber namentlich bei der Klausel: „Auf Gefahr und Kosten des Impetranten", womit eben der Richter diese Übernahme seitens des Impetranten zur Bedingung seines den Arrest gewährenden Bescheides macht, unbedingt zu bejahen sein. Zwar wird dagegen von manchen [127]) Widerspruch erhoben,

---

[125]) § 704 ff.

[126]) cf. Kahane a. a. O. S. 113 N 41.

[127]) Insbes. das Rostocker O.A.G. in dem mehrfach angezogenen Erkenntnis sub Ziff. III i. f.

und behauptet, diese Klausel sei ein vorläufiges Surrogat der Sicherheitsleistung, und es könne daher auch bei ihrer Anwendung der Impetrant nur im Falle eines ihm zur Last fallenden Verschuldens zur Verantwortung gezogen werden. Damit wäre aber dieser Klausel überhaupt jede Bedeutung entzogen, und ihr Vorhandensein, oder Fehlen im Arrestbefehl für die Haftung des Impetranten ganz gleichgültig, was doch jedenfalls nicht im Sinne des Richters, noch auch eines redlichen Impetranten gelegen sein kann. Vielmehr dürfte im Gegenteil gerade aus dieser Klausel, die mit aller Deutlichkeit die Übernahme der Haftung durch den Impetranten erkennen läßt, ein Rückschluß auf die Natur der der Sicherheitsleistung als einer Obligation begründenden nicht unzulässig erscheinen.

VI.

Wie bereits oben erwähnt, kennt die R.C.P.O. außer den regelmäßigen Fällen, in denen der Arrest aufgehoben wird, weil Widerspruch gegen denselben erhoben wurde, oder weil das Berufungsgericht das erstinstanzielle Urteil beseitigte[128]), noch andere Aufhebungsgründe, die jedoch wegen ihrer eigenartigen Natur mit unserer Hauptfrage nur indirekt in Zusammenhang stehen, und daher getrennt behandelt werden müssen, bei denen aber die Frage nach dem Ersatz wegen event. Schäden ebenfalls gestellt werden kann: Gemäß § 807 R.C.P.O. kann die Aufhebung des Arrestes beantragt werden „wegen veränderter Umstände, insbesondere wegen Erledigung des Arrestgrundes, oder auf grund des Erbietens zu einer nach freiem Ermessen zu bestimmenden Sicherheitsleistung". Hier wird jedoch durch den Aufhebungsantrag nicht die ursprüngliche Rechtmäßigkeit des Arrestes, sondern nur die Rechtmäßigkeit der Fortdauer desselben angegriffen [129]) und es kann somit auch, da der Arrest bisher vom Impetraten indirekt als berechtigt anerkannt wird, von einer Entschädigung desselben wegen event. Schäden nicht die Rede sein. Der § 813 R.C.P.O. gestattet Aufhebung eines vollzogenen Arrestes erstens gegen Hinterlegung des in dem Arrestbefehl festgesetzten Geldbetrages, und zweitens deshalb, weil der Gläubiger den nötigen Geldbetrag nicht vorschießt, um die besonderen Aufwendungen zu decken, welche die Fortdauer

---

[128]) Hieher gehört auch der Fall, daß der Arrest aufgehoben wurde, weil der Arrestkläger die vom Gericht bei der zweitmaligen Prüfung für nötig erachtete Sicherheit nicht leistete. Vorauszusetzen ist hier stets, daß der Richter nicht den Arrest bisher für vollkommen gerechtfertigt erklärt, und denselben nur auf grund neuer Thatumstände, die erst zur Zeit seiner Prüfung wirksam wurden, wieder aufhebt.

[129]) Seuffert, Komm. z. R.C.P.O. § 807 N. 2.

des Arrestes erfordert. Wenn hier nach der Entschädigungsforderung gefragt wird, so ist zu beachten, daß in diesen beiden Fällen nicht der Arrestbefehl als solcher [130]), sondern lediglich eine bestimmte Vollzugsart aufgehoben wird, und daß daraus nicht einmal die objektive Widerrechtlichkeit des bisherigen Arrestvollzugs abgeleitet werden kann. Letzteres ist aber jedenfalls die erste Voraussetzung jeder Entschädigungsforderung; und wenn dagegen eingewendet würde, daß zwar nicht der bisherige Arrest, wohl aber wenigstens die Unterlassung weiterer Vorschußleistungen rechtswidrig sei, so muß dem entgegnet werden, daß *durch diese Unterlassung* dem Impetraten sicherlich kein Schaden erwachsen ist.

Ganz ebenso liegt die Sache im Fall des § 806 R.C.P.O., wo bestimmt ist, daß der Arrest auf Antrag durch Endurteil aufzuheben sei, wenn der Impetrant nicht innerhalb einer ebenfalls auf Antrag des Impetraten zu bestimmenden Frist in der Hauptsache Klage erhoben hätte. Auch hier muß betont werden, daß aus der Aufhebung des Arrestes keineswegs geschlossen werden kann, daß derselbe nicht *bis* zur Aufhebung mit vollem objektivem Recht bestanden habe, und daß die etwa als widerrechtlich anzusehende Unterlassung der Klagestellung in der Hauptsache dem Impetraten keinen Schaden, vielmehr nur die Befreiung vom Arrest verursacht hat, daß man es also nur einerseits mit einer rechtswidrigen Handlung zu thun hat, die keinen Schaden bringt, andererseits mit einer Schaden bringenden Handlung, von der nicht feststeht, ob sie überhaupt rechtswidrig sei.[131]) Die blos formelle Rechtswidrigkeit aber, welche durch die Aufhebung des Arrestes an sich festgestellt wird, und die Grundlage für die *Kostenentscheidung* bildet, ist nicht genügend zur Begründung der Schadenersatzverbindlichkeit im allgemeinen.

Fassen wir das Ergebnis unserer Untersuchung zusammen, so ergibt sich, daß nach geltendem gemeinen Recht der Arrestimpetrant, der keine Sicherheit geleistet hat, im Fall der nachträglichen Aufhebung des Arrestes wegen der durch denselben verursachten Schäden keineswegs unbedingt haftet, sondern nur, wenn ihm ein Verschulden zur Last gelegt werden kann, daß dagegen seine Haftung eine unbedingte ist, wenn er wegen der dem Gegner drohenden Nachteile Sicherheit geleistet hat.

De lege ferenda freilich kann nicht verkannt werden, daß

---

[130]) Seufferts Komm. z. R.C.P.O. § 813 N. 1; R.Ger.-Entsch. Bd. XV, S. 409.

[131]) Merkel a. a. O. S. 189 gelangt zu anderen Resultaten jedoch nur auf grund der Annahme, daß der Schadensersatz ebenso zu beurteilen sei, wie die Prozeßkosten.

die unbedingte Haftung des Impetranten mehr den Gründen der Billigkeit entspricht; denn da niemand den Schaden verschuldet hat, und bei der Frage, wer denselben zu tragen habe, nur die Wahl bleibt zwischen Impetrant und Impetrat, so erscheint es in der that gerechter [132]), daß ihn derjenige auf sich nehme, der ihn veranlaßt, und zwar in seinem eigenen Interesse veranlaßt, als der, der ihn erlitten, aber nichts zu seiner Entstehung beigetragen hat.

---

[132]) Mit Recht würde hier der deutschrechtliche Grundsatz zur Anwendung gebracht werden: „Wer den guten Tropfen hat, soll auch den schlechten genießen müssen". Um das zu erklären und zu rechtfertigen, darf man freilich nicht, wie dies Kahane a. a. O. S. 140 zu thun scheint, von der Betrachtung eines einzelnen Falles ausgehen, in welchem der Arrestant dem Arrestaten den eingetretenen Schaden zu vergüten hatte. Hier muß allerdings der Nachteil für den Impetranten größer sein als sein Vorteil, und es würde sich somit die Überbürdung von Schäden wegen der übrigen Vorteile nicht rechtfertigen.

Man muß vielmehr vom Standpunkt des Gesetzgebers eine möglichst große Zahl von Arresten in's Auge fassen, und dann ergibt sich jedenfalls, daß die Arrestkläger der Regel nach durch die überaus rasche staatliche Hülfe einen so bedeutenden Vorteil genießen (sollte derselbe auch nur in der Vermeidung eines drohenden Verlustes bestehen), daß sie wohl die Ersatzpflicht auf sich nehmen können, wenn sich in einzelnen Fällen herausstellen sollte, daß ein Arrest, obwohl den Impetranten keine Schuld trifft, unrechtmäßiger Weise angelegt worden sei.

Druck von C. Brügel & Sohn in Ansbach.

Bauer, O., Die Dareingabe beim Kauf nach römischem Rechte. gr. 8° (90 S.) 1887. *M* 1.50.

Frankenburger, L., Das Reichsgesetz betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften. Text-Ausgabe mit Anmerkungen und Sachregister. 12° (153 S.) 1889. Cart. *M* 1.50

Frantz, L., Die rechtl. Stellung des Handlungsreisenden nach dem allgem. dtschn. Handelsgesetzbuch für Juristen und Kaufleute. 8° (74 S.) 1892. *M* 1.—.

Gemeindezeitung, bayerische. Organ für alle Gemeindeangelegenheiten des rechtsrhein. Bayern und der Pfalz. Herausgegeben von Oberstaatsanwalt Dr. v. Hauck. I./II. Jahrgang 1891 u. 92. 4°. Ermäßigter Preis à *M* 4.—.

— Dieselbe III. Jahrg. 1893 (36 Nummern) im Abonnement *M* 8.—.

Haimann, J., Die rechtliche Natur der subsid. Vertretungsverbindlichkeit dritter Personen nach den Zoll- und Steuergesetzen d. dtschn. Reiches. 8°. (60 S.) 1892. *M* 1.20

Heberle, M A., Hypnose und Suggestion im deutschen Strafrecht. 8°. (48 S.) 1893. *M* 1.20.

Henrich, R., Schulpflicht und Lehrplan der bayer. Volksschule. 8°. (24 S.) 1893. *M* —.60.

Hofmann, A., Histor. und dogmat. Darstellung des Anerkenntnisses im Zivilprozeß. 8° (48 S.) 1892. *M* 1.—.

Homberger, P., Der Begriff des politischen Deliktes und dessen Verwerthung im materiellen Strafrecht des deutschen Reiches. 8°. (73 S.) 1893. *M* 1.80.

Höcht, Fr., Systemat. Darstellung des im rechtsrhein. Bayern geltenden Jagdrechts. 8°. (43 S.) 1893. *M* 1.—.

Jaeger, E., Die Voraussetzungen eines Nachlaßkonkurses. 8°. (62 S.) 1893. *M* 1.40.

Koch, K., Systematische Übersicht über die Gesetzgebung des Deutschen Reiches von 1867 bis 1889. 8° (X und 154 S.) 1890. *M* 2.50.

Kraus, K., Die Vereinbarung über die Zuständigkeit der Gerichte, histor.-dogmatisch dargestellt. Lex. 8° (71 S.) 1888. *M* 3.—.

Lindner, F., Kommentar zur bayer. Gemeindeordnung für die Landesteile diesseits des Rheins. Gesetz vom 29. April 1869. 2. völlig umgearbeitete Aufl., mitherausg. von Dr. Th. von Hauck. (Im Erscheinen.) ca. *M* 6.—.

Maurer, O., Praktische Anleitung zur anwaltschaftlichen Buch- und Geschäftsführung. Lex. 8° (19 S.) 1891. *M* —.80.

Mayr, G. v., Der Staat als Schuldner und als Gläubiger. Lex. 8° (20 S.) 1890. *M* —.60.

Meyer, Fr., Land- und forstwirthschaftlicher Betriebsunfall. 8°. (24 S.) 1893. *M* —.60.

Mößmer, F., Die mittelbare Thäterschaft in gleichzeitiger Berücksichtigung des Hypnotismus im Strafrecht. 8°. (109 S.) 1892. *M* 2.—

Neumeyer, K., Historische und dogmatische Darstellung des strafbaren Bankerotts. Preisschrift. Lex. 8°. (198 S.) 1891. *M* 4.—.

Roßmann, W., Ist die öffentliche Aufforderung zum Streik strafbar? 8°. (88 S.) 1892. *M* 1.50.

Rüdiger, A., Vereine und Genossenschaften. Ein Beitrag zum Verständnis der Vereins- und Genossenschaftsgesetzgebung. gr. 8° (23 S.) 1890. *M* —.60.

Seitz, G., Die Alimentationspflicht des außerehelichen Erzeugers nach gemeinem Recht. gr. 8° (32 S.) 1891. *M* 1.—.

Sicherer, Fr. v., Die gemeindliche Finanz-, Polizei- und Strafgewalt in Bezug auf Verbrauchssteuern und andere örtliche Abgaben. 8° (87 S.) 1893. *M* 1.80.

Sigl, M., Die Entschädigung für Viehverluste in Folge von Milzbrand. Bayer. Gesetz v. 26. V. 1892. M. Anmerkgn. 2c. kl. 8°. (60 S.) 1893. *M* —.75.

Uschold, G., Die in Bayern giltigen gesetzlichen und verordnungsmäßigen Vorschriften über den Gewerbebetrieb im Umherziehen. 2. Aufl. 8° (254 S.) 1892. cart. *M* 2.80.

Webler, Ph., J., Zur Lehre von der sogenannten **Transmissio Theodosiana.** gr. 8° (24 S.) 1891. *M* 1.—.

Druck von C. Brügel und Sohn in Ansbach.